Das Pfandrecht des Unternehmers

nach § 647 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg.

Vorgelegt von

Werner Frhr. v. Schele

aus Schelenburg bei Osnabrück

Referendar in Naumburg a. S.

Öffentliche Verteidigung der Dissertation und der angehängten Thesen am Mittwoch, den 12. Januar 1910, vormittags 10 Uhr.

Opponenten:

Gerichtsassessor Wilhelm Bandau
Referendar Gustav Baurschmidt
} aus Halberstadt.

Naumburg a. S.

Druck von H. Sieling.

1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548101_0086

Meinen Eltern

in Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 9

§ 2. Der Grundgedanke und die Entwicklung der gesetzlichen Sicherung des Unternehmers für seine Forderungen aus dem Werkvertrage 9

§ 3. Die Voraussetzungen des Unternehmerpfandrechts nach § 647 14

I. Subjekt des Pfandrechts 14

II. Objekt des Pfandrechts 17

A. Bewegliche Sachen 17

B. Sachen „des Bestellers“ 19

C. Herstellung oder Ausbesserung durch den Unternehmer 34

D. Erlangung des Besitzes bei der Herstellung oder zum Zweck der Ausbesserung 37

§ 4. Weiteres zur Frage der Entstehung des Pfandrechts . . 39

§ 5. Inhalt und Erlöschen des Pfandrechts 46

§ 6. Die durch das Pfandrecht gesicherten Forderungen . . 49

§ 7. Das Pfandrecht des § 647 im Verhältnis zum Zurückbehaltungsrecht 54

§ 8. Besonderheiten bei dem Unternehmerpfandrecht an eingetragenen Schiffen 57

§ 9. Schlußbetrachtung 62

Literaturverzeichnis.

Archiv für civilistische Praxis, Bd. 89, 93.
Biermann, Sachenrecht.
Buhl, Recht der beweglichen Sachen.
Callmann, Zu den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über gutgläubigen Eigentums- und Pfanderwerb an beweglichen Sachen. Gießener Dissertation 1904.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (6. Auflage).
Cosack, Bürgerliches Recht (3. Auflage).
Crome, System des Bürgerlichen Rechts. 1902.
Dernburg, Pandekten 1902.
Dernburg, Bürgerliches Recht (2. u. 3. Auflage und Auflage von 1908).
Deutsche Juristenzeitung 1900, 1905 u. Bd. III, VI.
Eger, Vertretung beim Eigentumserwerb.
Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag.
Endemann, Bürgerliches Recht (6. Auflage).
Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht (2. Auflage).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civil- und Strafsachen.
Festgabe für Dr. Richard Wilcke in Berlin 1900.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Civilprozeßordnung (6. u. 7. Auflage).
Gewerbegericht XI.
Gierke, Deutsches Privatrecht.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch (2. Auflage).
Goltdammer, Kommentar und vollständige Materialien zur Konkursordnung vom 8. Mai 1855.
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung deutschen Rechts, Band 24 und 45.
Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag.
Hahn, Materialien zur Konkursordnung.
Hallbauer-Fuchs, Deutsches Pfandrecht.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte.
Jaeger, Kommentar zur Konkurs-Ordnung (2. Auflage).
Jherings Jahrbücher, Bd. 1 und 38.

Isay, Geschäftsführung.
Juristische Wochenschrift 1899.
Kohler, Bürgerliches Recht und Lehrbuch des Konkursrechts.
Landshoff, Das Pfandrecht des Unternehmers beim Werkvertrage. Heidelberger Diss. 1907.[1])
Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb.
Lotmar, Arbeitsvertrag, Bd. I und II.
Maenner, Sachenrecht.
Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte.
Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zur Konkursordnung.
Neuburger, Schutz des gutgläubigen Pfandrechterwerbes.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Neumann, Jahrbücher des Deutschen Rechts.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 1906.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung.
Planck, Kommentar zum BGB.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Falkmann u. Mugdan).
Recht, Zeitschrift, Jahrgang 1900, 1901, 1902, 1906.
Rehbein, Bürgerliches Gesetzbuch.
Riezler, Werkvertrag.
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag.
Schaps, Das Deutsche Seerecht.
Scherer, Das Bürgerliche Recht.
Scherer, Das dritte Jahr des BGB.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1904.
Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts.
Seuffert, Deutsches Konkurs-Prozeßrecht.
Siber, Pfandrecht des Vermieters.
Sintenis, Pfandrecht.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse. 1897.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (6. u. 7. Auflage).
v. Staudinger, Kommentar zum BGB.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des Deutschen Pfandrechts.
Wilmowsky, Konkursordnung.
Windscheid, Pandekten. 1906.
Wolff, Absonderungsrecht im Konkurse.

[1]) Diese Dissertation gelangte vor Beendigung der vorliegenden Arbeit in die Hände des Verfassers und wurde noch nach Möglichkeit berücksichtigt.

§ 1.

Einleitung.

In dem § 647 BGB ist dem Unternehmer unter den darin gegebenen Bedingungen ein gesetzliches Pfandrecht eingeräumt. Gesetzliche Pfandrechte sind im BGB bei den einzelnen Schuldverhältnissen noch dem Vermieter (§§ 559—563), dem Verpächter (§§ 581 Abs. 2, 585), dem Pächter (§ 590) und dem Gastwirt (§ 704) gewährt. Alle diese Pfandrechte zeigen der Natur des Vertrages gemäß, aus dem sie entspringen, ihre Besonderheiten, so auch das Pfandrecht des § 647. Außer im Bürgerlichen Gesetzbuche finden sich auch auf anderen Rechtsgebieten gesetzliche Pfandrechte, so auf dem Gebiete des Handelsrechts und des Schifffahrtsrechts.[1]) Wenn diese letztgenannten gesetzlichen Pfandrechte teilweise auch zur Sicherung von Forderungen dienen, die aus Werkverträgen herrühren, so soll doch in der vorliegenden Arbeit das Pfandrecht des Unternehmers nur insoweit behandelt werden, als es sich aus § 647 des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt.

---

§ 2.

Der Grundgedanke und die Entwickelung der gesetzlichen Sicherung des Unternehmers für seine Forderungen aus dem Werkvertrage.

Durch einen Vertrag, der sich als Werkvertrag darstellt, wird der eine Kontrahent, der Unternehmer, zur Herstellung

[1]) Vgl. §§ 397, 410—411, 421, 440—443, 623, 674, 725, 751, 755 HGB und §§ 26, 77 des Binnenschifffahrtsgesetzes.

des versprochenen Werkes, der andere Kontrahent der Besteller, zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 631 BGB). Die Vergütung ist mangels besonderer Parteivereinbarung bei der Abnahme des Werkes (§ 641 BGB) oder, falls die Abnahme nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist, bei der Vollendung des Werkes (§ 646) zu entrichten. Danach hat der Unternehmer nach den gesetzlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorzuleisten;[1]) ehe er die Gegenleistung beanspruchen kann, muß er auf das herzustellende Werk Aufwendungen an Arbeit und Auslagen machen. In dieser Beziehung steht der Unternehmer ebenso da, wie der Vermieter, der mangels anderer Abrede ebenfalls vorzuleisten hat (§ 551 BGB). Zwar darf der Unternehmer die Ablieferung des Werkes bis zur Zahlung des Kaufpreises verweigern (§ 320). Aber eine solche Ablieferung ist nach der Beschaffenheit des Werkes häufig ausgeschlossen (vgl. § 646) und, auch wo sie möglich ist, bildet sie doch nur einen Teil der Leistung des Unternehmers.

In der Vorleistungspflicht liegt aber der innere Grund für die Notwendigkeit eines besonderen Schutzes des Unternehmers, wie des Vermieters.

Wenn die Entwicklung des Schutzes des Unternehmers mit der des Vermieterpfandrechts nicht Schritt gehalten hat, so liegt das daran, daß sich die Notwendigkeit des Schutzes des Vermieters noch fühlbarer machte, weil ihm mangels anderweiter Abrede ein Leistungsverweigerungsrecht überhaupt nicht zur Seite stand. Der Vermieterschutz bildete sich bereits im römischen Recht allmählich zu einem gesetzlichen Pfandrecht heraus und zwar derart, daß eine Verpfändung zunächst präsumiert wurde, und daß später diese Präsumtion zu einer

[1]) Diese Vorleistungspflicht bestand auch bereits im römisch-gemeinen Rechte (Dernburg, „Pandekten“, 1903, Bd. II, S. 314, l. 51 § 1 D locati 19, 2) und im Preußischen Allgemeinen Landrecht (§ 932 I, 11).

Fiktion wurde. Auch im Preußischen Allgemeinen Landrecht wurde dem Vermieter ein gesetzliches Pfandrecht gewährt (§ 395 I, 21).

Die Bestimmungen des gemeinen Rechts und des Allgemeinen Landrechts standen jedoch mit dem oben hervorgehobenen Gedanken, daß sich das gesetzlich gewährte Pfandrecht als Äquivalent der Vorleistungspflicht darstellt, nicht völlig im Einklang, ebenso auch nicht die Regelung in der Deutschen Konkursordnung vom 10. April 1872 (§ 41[4]). Denn während hier das Absonderungsrecht bezüglich des rückständigen Mietzinses nur beschränkt geltend gemacht werden konnte, sicherte es anderseits den gesamten „laufenden" Zins, d. h. nach herrschender Ansicht auch den noch nicht fälligen Mietzins bis zur Beendigung des Vertrages[1]) und ferner allgemein die „anderen Forderungen" aus dem Vertrage. Danach erstreckte sich der dem Vermieter gewährte Schutz in erheblichem Umfange auch auf Forderungen, denen gegenüber die Gegenleistung noch ausstand. Hier brachte der § 559 BGB die Einschränkung, insofern sich danach das Pfandrecht auf künftige Entschädigungsforderungen und auf den Mietzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Mietjahr nicht erstreckt.

Während sich der gesetzliche Schutz der Forderungen des Vermieters also frühzeitig zu einem gesetzlichen Pfandrecht ausbildete, so war der Unternehmer, falls er sich nicht vertragsmäßig sicherte, im römisch-gemeinen Recht auf die unvollkommene Sicherung, die das Retentionsrecht gewährte, beschränkt. In einigen deutschen Partikularrechten, insbesondere Stadtrechten, wurde das Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers derartig ausgestaltet, daß es insofern der pfandrechtlichen Sicherung näher kam, als es dem Unternehmer

---

[1]) Vgl. Wolff, „Das Absonderungsrecht im Konkurse", S. 419, und die dort zitierte Literatur, sowie Entsch. d. R. G., Bd. 13, S. 253 ff.

unter gewissen Bedingungen eine Befriedigungsmöglichkeit aus dem zurückbehaltenen Gegenstande gewährte.[1])

Auch im Preußischen Allgemeinen Landrecht blieb es bei der unvollkommenen Sicherung durch das Zurückbehaltungsrecht; jedoch wurde durch besondere Bestimmung das Zurückbehaltungsrecht des „Werkmeisters“ auch im Konkurs des Bestellers im Gegensatz zu den allgemeinen Bestimmungen über das Zurückbehaltungsrecht aufrecht erhalten (ALR I, 20 § 566 und I, 11 § 974). Die Preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 (§ 33, Ziffer 9) und die Deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (§ 41, Ziff. 6) gestalteten die Sicherung im Konkurs noch mehr aus; sie gewährten das Recht auf abgesonderte Befriedigung, wie es den Faustpfandgläubigern zustand. Überdies bestimmte der § 7 des Preußischen Ausführungsgesetzes vom 6. März 1879, das zur Deutschen Konkursordnung vom 10. Februar 1877 erlassen wurde, daß die Vorschriften des § 41 der Deutschen Konkursordnung auch außerhalb des Konkursverfahrens auf das Verhältnis der durch diese Vorschrift den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger des Schuldners entsprechende Anwendung finden sollten; diese Bestimmung hatte also keine Einwirkung auf das Verhältnis des Gläubigers und Schuldners untereinander. Erst das Bürgerliche Gesetzbuch gab dem Unternehmer ein durchgreifendes in Berücksichtigung der Vorleistungspflicht des Untersnehmers durchaus gerechtfertigtes Schutzmittel in dem Pfandrecht des § 647 BGB, das dem Unternehmer bei Herstellung oder Ausbesserung beweglicher Sachen nicht nur im Konkurse des Bestellers (§ 49[2] KO), sondern auch außerhalb des Konkurses Sicherung gewährte. Wenn dem Unternehmer also erst in der neuesten Gesetzgebung ein volles Äquivalent gegenüber seiner Vorleistungspflicht gegeben wurde, so lassen doch auch schon die früheren konkursrechtlichen Bestimmungen erkennen, daß man davon ausging, dem Unternehmer nur insoweit besonderen Schutz zu gewähren, als

[1]) Näheres bei Landshoff, „Das Pfandrecht des Unternehmers beim Werkvertrage“, Heidelberger Diss. 1907, S. 19 ff.

dieser sich aus der Vorleistung rechtfertigte; denn die Sicherung war nur gegeben für Arbeit und Auslagen, die bereits geleistet waren.

Auch die Fassung des § 647 BGB bleibt mit jenem Grundgedanken in Übereinstimmung; soweit die übrigen Voraussetzungen des § 647 vorliegen, entsteht das Pfandrecht des Unternehmers mit der Bearbeitung und sichert fortschreitend die jeweilig entstehenden Forderungen aus dem Vertrage.

Schwieriger war die Aufgabe, bei der gesetzlichen Regelung der Sicherung des Unternehmers eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes die gesetzlichen Bestimmungen mit jenem Grundgedanken im Einklang zu halten und doch anderseits ein wirksames Sicherungsmittel für den Unternehmer zu schaffen. Die Regelung im § 648 BGB ist dieser Aufgabe insofern nicht gerecht geworden, als die Sicherung hier nicht mit der Bearbeitung entsteht, sondern vielmehr der Unternehmer erst nach Vollendung des Werkes oder eines Teiles des Werkes die Eintragung einer Sicherungshypothek für die entstandenen Forderungen aus dem Vertrage verlangen kann. Der Schutz des § 648 BGB kommt demnach dem Unternehmer nur zugute, wenn er die Eintragung beantragt; zudem ist der Schutz aber auch aus dem Grunde ein unvollkommener, als die während der Bearbeitung eingetragenen anderen Belastungen der nach der Vollendung des Werkes im Grundbuch eingetragenen Sicherungshypothek vorgehen. Um diesem Mangel zu begegnen, machte sich eine gesetzliche Neuregelung notwendig, bei der man jedoch im Auge behalten mußte, daß auch hier der innere Grund der Notwendigkeit eines besonderen gesetzlichen Schutzes darin besteht, dem Unternehmer ein Äquivalent für seine Vorleistungspflicht zu gewähren.[1])

Auf die infolge der Eigenart der Rechtsverhältnisse an Grundstücken sich ergebenden Schwierigkeiten bei der Sicherung von Bauforderungen näher einzugehen, liegt außerhalb

[1]) Die Regelung erfolgte inzwischen durch das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909.

des Rahmens unserer Aufgabe, da wir es im Folgenden nur mit dem Pfandrecht des Unternehmers an beweglichen Sachen zu tun haben, wie es im § 647 BGB ausgestaltet ist; hier steht, wie nochmals betont werden mag, die gesetzliche Regelung ganz mit dem Gedanken im Einklang, daß es die Vorleistungspflicht des Unternehmers ist, aus der sich der durch das Pfandrecht gegebene besondere Schutz begründet und rechtfertigt.

§ 3.

Die Voraussetzungen des Unternehmerpfandrechts nach § 647.

I. Subjekt des Pfandrechts.

Nach § 647 BGB. ist der Unternehmer Subjekt des Pfandrechts. Durch den Begriff „Unternehmer" sind die Worte „Künstler, Werkmeister, Handwerker, Arbeiter" der alten KO ersetzt worden. Alle jene Kategorien sollen durch den Begriff „Unternehmer" getroffen werden. Dies wird auch in den Motiven zum BGB (Bd. 2, S. 494) betont. Es ergibt sich ohne weiteres daraus, daß das Wort „Unternehmer" im BGB den technischen Ausdruck für den einen Vertragskontrahenten im Werkvertrag bedeutet. Die Fassung des § 41[6] der alten Konkurs-Ordnung zwang nicht zu der Annahme, daß das darin gegebene Vorzugsrecht nur auf dem Gebiete des Werkvertrags eine Rolle spiele, vielmehr mußte man annehmen, daß es auch bei unentgeltlichen Verträgen (Auftrag) entstand.[1]) Der § 647 beschränkt das Pfandrecht jedoch auf das Gebiet des Werkvertrags. Eine analoge Ausdehnung auf den Auftrag oder auf den Dienstvertrag ist nicht angängig. Rümelin[2]) meint zwar,

[1]) Vgl. Wolff, „Absonderungsrecht im Konkurse", S. 438, und Landshoff a. a. O., S. 27, 28.

[2]) Rümelin, „Dienstvertrag und Werkvertrag", 1905, S. 247 ff.

es sei nicht einzusehen, warum in gewissen Fällen das im § 647 angeordnete gesetzliche Pfandrecht nicht auch Platz greifen solle, wenn man statt Abschluß eines Werkvertrages nach Lage der Dinge den Abschluß eines Dienstvertrages annehmen müsse. Einer derartigen analogen Ausdehnung dieser Bestimmungen im Werkvertrag auf den Dienstvertrag kann indessen nicht zugestimmt werden; Rümelin dürfte mit seiner Ansicht in dieser Beziehung vereinzelt dastehen und scheint sich dabei zu sehr von dem Wunsche haben leiten zu lassen, die Wirkung der Entscheidung, ob im konkreten zweifelhaften Falle Dienstvertrag oder Werkvertrag vorliegt, dadurch zu mildern, daß er durch derartige analoge Anwendung von Bestimmungen des einen Vertrages auf den anderen auf dem Grenzgebiet einen gewissen ausgleichenden Übergang schafft.

Gewiß haben sich Übelstände daraus ergeben, daß im praktischen Leben viele Fälle vorkommen, in denen schwer zu sagen ist, ob Dienstvertrag oder Werkvertrag vorliegt, und daß die Entscheidung darüber bei der Verschiedenheit der gesetzlichen Regelung beider Verträge von besonders einschneidender Bedeutung ist; das rechtfertigt jedoch nicht eine willkürliche Übertragung positiver Vorschriften des einen Vertrages auf den anderen. So tritt denn auch u. a. Oertmann[1]) der Auffassung Rümelin's entgegen und hebt richtig hervor, daß der Dienstverpflichtete sich in jenen Fällen mit dem Zurückbehaltungsrecht und im Konkurs mit dem Absonderungsrecht nach § 49[3] KO begnügen müsse. Die Rümelin'sche Ansicht wird auch nicht etwa durch die bei Neumann, „Jahrbuch des deutschen Rechts", Band 5 zu § 647 zitierte Entscheidung (Sächs. Archiv für Rechtspflege 1906, S. 566) unterstützt; denn darin wird nur behauptet, daß ein dem § 647 nachgebildetes Pfandrecht auch beim Dienstvertrage vorkommen könne, falls es vertraglich festgelegt werde. Dem ist natürlich bei-

---

[1]) Oertmann, „Recht der Schuldverhältnisse", Anmerkung 6 zu § 647 BGB.

zupflichten; aber ein gesetzliches Pfandrecht gibt es beim Dienstvertrage nicht.[1])

Beschränkt sich daher der Geltungsbereich des durch § 647 gegebenen Pfandrechts nach dieser Richtung, so ist noch zu untersuchen, ob es auf dem Grenzgebiete, welches zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag liegt, das heißt: beim Werklieferungsvertrage, eine Rolle spielt. Hier spricht schon gegen die Anwendung des § 647 die Erwägung, daß beim Werklieferungsvertrag im Gegensatz zum Werkvertrag der Stoff stets von dem Unternehmer geliefert wird, daß dieser demnach solange Eigentümer des Stoffes bleibt, bis er das Eigentum auf den Besteller überträgt. Überdies ist aber auch noch im § 651 BGB ausdrücklich geregelt, daß, soweit die Bestimmungen über den Werkvertrag Anwendung finden, die §§ 647, 648 ausgenommen sind. Lotmar[2]) tadelt den gesetzlichen Ausschluß der Anwendung der genannten Paragraphen auf den Werklieferungsvertrag und meint, jene Regelung werde nicht begreiflich durch die Erklärung, daß der Werklieferant als Eigentümer der hergestellten Sache kein Pfandrecht zur Wahrung seiner Interessen brauche; denn da das Gesetz dem Werklieferanten die Leistung der Übereignung auferlege, so seien seine Interessen vorzüglich durch das Pfandrecht zu wahren. Bei beweglichen Sachen pflegt sich der Werklieferant der Pflicht der Eigentumsübertragung, abgesehen von Ausnahmefällen, bei Übergabe des fertiggestellten Werkes zu entledigen. Da mit dem Moment der Übergabe des Werkes an den Besteller auch das Pfandrecht nach § 647 endigt, so würde dies, falls es für den Werklieferungsvertrag nicht ausgeschlossen wäre, gleichzeitig mit dem Eigentumsrecht erlöschen, oder richtiger niemals zur Entstehung gelangen; denn vor Erlöschen des Eigentumsrechtes würde das Pfandrecht als an eigener Sache nicht entstehen können.[3])

[1]) Vgl. dazu: Motive, Bd. 2, S. 494. Gegen Rümelin auch Lotmar, „Arbeitsvertrag", Bd. 2, S. 848 und „Gewerbegericht" XI, S. 159.

[2]) Lotmar, „Arbeitsvertrag", I, S. 212 ff.

[3]) Vergl. dazu Entsch. d. O. L. G., 12, S. 79.

Wenn Lotmar seine Ansicht durch praktische Fälle zu unterstützen sucht, so liegen diese lediglich auf dem Gebiete des § 648 BGB. Hier mag sich allerdings über die Zweckmäßigkeit des Ausschlusses jenes Paragraphen beim Werklieferungsvertrag streiten lassen, da das Recht der Eintragung einer Sicherungshypothek ein Schutzmittel schafft, das auch nach Einfügung einer Sache in ein Bauwerk, d. h. nach Übergang des Eigentums von großer Bedeutung ist. Dagegen lassen sich, wie gesagt, gegen den Ausschluß der Anwendung des uns hier allein interessierenden § 647 auf den Werklieferungsvertrag keine begründeten Bedenken geltend machen.

Pfandberechtigter ist danach der Unternehmer als Kontrahent beim Werkvertrage, nicht bei anderen Verträgen, insbesondere nicht derjenige, der sich dem Gegenkontrahenten gegenüber in einem Dienstvertrags- oder Lieferungsverhältnis befindet. Anderseits ist aber auch beim Vorliegen eines Werkvertrages der Unternehmer in allen Fällen Pfandberechtigter, in denen die übrigen Voraussetzungen des § 647 den folgenden Untersuchungen gemäß gegeben sind.

II. Objekt des Pfandrechts.

A. Bewegliche Sachen.

Gegenstand des Pfandrechts nach § 647 sind nur Sachen, d. h. körperliche Gegenstände (§ 90 BGB). Der Schutz des § 647 bezieht sich nur auf bewegliche Sachen; bei unbeweglichen Sachen, d. h. bei Bauwerken und einzelnen Teilen von Bauwerken schafft der § 648 BGB die Sicherung des Unternehmers, auf deren Unzulänglichkeit und deshalb erfolgten weiteren gesetzlichen Ausbau bereits oben hingewiesen ist.

Das Pfandrecht des § 647 ist ein sogenanntes gesetzliches Pfandrecht; auf die kraft Gesetzes entstandenen Pfandrechte finden nach § 1257 BGB die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung. Das ist auch zu berücksichtigen bei der Frage,

welche Sachen, allgemein genommen, Gegenstand des Pfandrechts sein können, da die Gesichtspunkte, welche in dieser Beziehung bei dem durch Vertrag bestellten Pfandrecht maßgebend sind, auch bei den gesetzlichen Pfandrechten gelten. Dazu gehört der allgemein anerkannte Satz, daß an Sachen, die keinen Verkaufswert haben, ein Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangen kann; das Pfandrecht zielt seiner Natur nach darauf ab, den Gläubiger nicht nur zeitweilig zu sichern, sondern ihm eventuell auch die Möglichkeit zu geben, sich aus dem Pfandobjekt durch Verkauf nach den gesetzlichen Bestimmungen zu befriedigen. Entfällt diese letztere Möglichkeit infolge der Beschaffenheit des Objektes, so kann von einem Pfandrecht nicht mehr gesprochen werden. Deshalb entsteht ein Pfandrecht nach § 647 in allen den Fällen nicht, in welchen die von dem Unternehmer hergestellten oder ausgebesserten Sachen keinen Verkaufswert besitzen [1]).

Besonders zu erwähnen ist, daß unter die beweglichen Sachen des § 647 auch Schiffe zu rechnen sind [2]). Soweit es sich um eingetragene Schiffe handelt, nimmt allerdings dies Pfandrecht eine Sonderstellung ein, worauf unten noch eingegangen werden soll.

Gegenstand des Pfandrechts können auch solche Sachen des Bestellers sein, welche nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung der Pfändung nicht unterworfen sind.

Bei den Pfandrechten des Vermieters und des Gastwirts sind die unpfändbaren Sachen als Pfandobjekte ausdrücklich

[1]) Die Frage, welche Gegenstände einen Verkaufswert nicht besitzen, ist viel erörtert, da sie bei jedem Pfandrecht wiederkehrt. Von einer Behandlung allgemein pfandrechtlicher Fragen soll in unserer Arbeit nach Möglichkeit abgesehen werden. Näheres über den Begriff des Verkaufswertes vgl. u. a. bei Hallbauer-Fuchs, „Deutsches Pfandrecht", S. 3 u. 4, Landshoff a. a. O., S. 53 u. 54, Wolff a. a. O., S. 396 ff., insbesondere auch Anm. 23 und die dort zitierten Entscheidungen und Literatur.

[2]) Vgl. Planck zu § 647, Anm. 2b, Staudinger, Anm. 9 zu § 647, Entsch. d. O. L. G., Bd. 9, S. 292 u. „Deutsche Juristenzeitung" 1905, S. 122.

ausgenommen (§§ 559 bezw. 704 BGB); bei dem Pfandrecht des Verpächters greift die Sondervorschrift des § 585, Satz 2 BGB ein. Bei den übrigen gesetzlichen Pfandrechten des Bürgerlichen Gesetzbuches finden sich keine Beschränkungen. Wie beim vertraglichen Pfandrecht werden daher auch unpfändbare Sachen von dem Pfandrecht ergriffen [1]).

B. Sachen des „Bestellers".

Das gesetzliche Pfandrecht des § 647 entsteht nur an Sachen des Bestellers. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß durch den Genetiv „des Bestellers" ausgedrückt werden soll, daß nur solche Sachen Gegenstand des Pfandrechts sind, an denen dem Besteller das Eigentumsrecht zusteht [2]). Danach kann ein Pfandrecht nicht entstehen, wenn der Besteller etwa nur der Nießbraucher ist, oder dem Eigentümer gegenüber in dem Verhältnis des Ehemanns oder des Trägers der elterlichen Gewalt steht, es sei denn, er schließt den Vertrag innerhalb seiner Vertretungsmacht für den Eigentümer, die Ehefrau oder den Minderjährigen ab [3]); mit anderen Worten, man darf, wenn man die Kontrahenten des betreffenden Werkvertrages feststellt, nicht die Vorschriften über Stellvertretung außer Acht lassen. Unter Berücksichtigung der §§ 164 ff. BGB läßt sich feststellen, in welchen Fällen der Besteller den Werkvertrag innerhalb der ihm gesetzlich oder vertragsmäßig zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abschließt, d. h. wann der Eigentümer selbst Kontrahent und damit Besteller wird. Als Ausnahme von dem Grundsatz, daß zur Entstehung des Pfandrechts das Eigentumsrecht des

[1]) Vgl. Crome, „System des bürgerlichen Rechts", 1902, II, S. 693, § 267, I, Anm. 5, u. Landshoff a. a. O., S. 52.

[2]) Vgl. Planck zu § 647, Anm. 2b, Staudinger zu § 647, Anm. 2c, Oertmann zu § 647, Anm. 3b, Riezler a. a. O., S. 153, Hallbauer-Fuchs a. a. O., S. 141, Landshoff a. a. O., S. 32 ff.

[3]) Vgl. Oertmann zu § 647, Anm. 3b.

Bestellers an der zu bearbeitenden Sache erforderlich sei, kann dies nicht angesehen werden.

Landshoff[1]) geht m. E. fehl, wenn er den § 133 BGB für solche Fälle zu Rate zieht und auf diese Weise eine Ausnahme von jenem Erfordernis konstruieren will. Landshoff begründet das Resultat seiner Untersuchungen an folgendem praktischen Fall. Er sagt: Angenommen, ein Gewissenloser, der ein Werk bestellt, sich aber dem Pfandrecht aus § 647 entziehen will, hütet sich davor, den Vertrag selbst abzuschließen, bedient sich vielmehr eines (natürlich vermögenslosen) Mittelmannes; der Unternehmer ist vorsichtig genug und erfährt auf seine Fragen, daß die zu bearbeitenden Sachen dem Besteller nicht gehören; dieser erklärt sich aber bereit, die Einwilligung des Eigentümers zur Herstellung des Werkes zu beschaffen und letzterer teilt dem Unternehmer sein Einverständnis in die vorzunehmende Bearbeitung mit. Landshoff bemerkt dazu, es läge auf der Hand, daß man sich zur Verhütung solcher Handlungsweise nicht an den strikten Wortlaut des § 647 halten dürfe, sondern zu extensiver Auslegung des zitierten Paragraphen schreiten müsse. M. E. kann es nach den Vorschriften über Stellvertretung unter Berücksichtigung des § 157 BGB keinem Zweifel unterliegen, daß hier der Eigentümer selbst Kontrahent, d. h. Besteller wird, und daß damit in solchen Fällen aus diesem, nicht aus einem anderen Grunde, das Pfandrecht des Unternehmers doch zur Entstehung gelangt.

Es ist zur Entstehung des Pfandrechts nach § 647 nicht erforderlich, daß der vom Besteller gelieferte Stoff bereits bei der Übergabe an den Unternehmer im Eigentum des Bestellers steht; wird der Besteller während der Bearbeitung Eigentümer, und sind sonst alle Voraussetzungen des § 647 gegeben, so wird mit der Erfüllung der vorher fehlenden Voraussetzung, d. h. mit dem Eigentumserwerb des Bestellers an dem Gegenstand des Werkvertrages auch das Pfandrecht des Unter-

[1]) Landshoff a. a. O., S. 33 ff.

nehmers zur Entstehung gelangen können; denn von diesem Zeitpunkt ab sind dann alle Bedingungen zur Entstehung des Pfandrechts gegeben.

Bei dem reinen Werkvertrag, auf den sich der § 647 allein bezieht, liefert der Besteller den Stoff; dabei wird der regelmäßige Fall der sein, daß der Besteller auch Eigentümer dieses gelieferten Stoffes ist. Es taucht dabei die Frage auf, ob der Besteller das Eigentum bei der Verarbeitung behält, oder ob nicht etwa, soweit § 950 BGB eingreift, das Eigentum von dem Besteller auf den Unternehmer übergeht. Die Entscheidung dieser Frage ist von einschneidender Bedeutung für unsere Aufgabe, da davon wesentlich abhängt, in welchem Umfange der § 647 praktisch zur Anwendung kommt. Würde man nämlich in allen Fällen, in denen die Voraussetzungen des § 950 BGB dem Wortlaut der Bestimmung nach gegeben sind, dem Unternehmer das Eigentum an den verarbeiteten Sachen zusprechen, so würde in allen diesen überaus zahlreichen Fällen die Sicherung der Forderungen des Unternehmers durch § 647 ohne praktische Bedeutung sein; denn hier hat ja der Unternehmer das stärkere Recht, das Eigentum erworben, sodaß ein Pfandrecht nach § 647 nicht nebenher entstehen kann, einmal, weil ein Mobiliarpfandrecht an eigener Sache (abgesehen von dem Fall des § 1256 BGB) nicht denkbar ist, anderseits, weil die durch Verarbeitung entstandene neue Sache nicht im Eigentum des Bestellers steht.[1]) Zu dieser Frage, die in letzter Zeit vielfach erörtert worden ist, werden wir im Folgenden Stellung nehmen müssen.

Es sind drei Fälle zu unterscheiden:

a) die Arbeit, welche den Gegenstand des Werkvertrages bildet, ist nicht auf Herstellung einer neuen Sache gerichtet;

b) die Arbeit bedeutet zwar die Herstellung einer neuen Sache, aber der Wert dieser Arbeit ist erheblich ge-

[1]) Vgl. dazu Entsch. der O. L. G. 12, S. 79, u. „Recht“ 1906, S. 298.

ringer, als der Wert des von dem Besteller gelieferten Stoffes;

c) die Arbeit ist die Herstellung einer neuen Sache, und der Wert der Arbeit ist nicht erheblich geringer, als der Wert des Stoffes.

In den Fällen zu a und b liegen die Voraussetzungen des § 950 nicht vor; der Eigentumserwerb durch den Unternehmer infolge Spezifikation ist hier zweifellos ausgeschlossen. Für diesen Kreis von Werkverträgen hat das Pfandrecht des § 647 daher unbedingt praktische Bedeutung.

Für die unter c genannten Fälle sind die Voraussetzungen des § 950 an sich gegeben; es haben daher manche die Wirkung dieser Bestimmung auch in den Fällen anerkannt, in denen der Spezifikant die Verarbeitung auf Grund eines Werkvertrags vornimmt, unter Berufung darauf, daß sich in dem Gesetze über die Nichtanwendung des § 950 auf solche Verträge nichts findet.[1]) Andere sind der Entscheidung dieser Frage aus dem Wege gegangen, oder haben sie unentschieden gelassen.[2]) Dagegen ist man auf der anderen Seite — und diese Ansicht ist als die herrschende zu bezeichnen — zu dem Resultat gelangt, daß es nicht im Sinne des Gesetzes liege, wenn die auf Grund eines Werkvertrages vorgenommene Spezifikation zu dem Erwerb des Eigentums durch den Spezifikanten führe, allerdings unter sehr verschiedenartiger Begründung.

Wenn man sich dieser Ansicht anschließt — und ich werde das im folgenden tun — so ist vorweg zu bemerken, daß es nicht genügend ist, sich zur Begründung auf den Hinweis zu beschränken, daß bei anderer Entscheidung die Bestimmung des § 647 völlig zwecklos wäre;[3]) durch Ausscheiden der unter c genannten Fälle würde allerdings die

[1]) So insbesondere Lotmar, „Arbeitsvertrag“ I, S. 384 u. Isay, „Geschäftsführung“, S. 299 ff.

[2]) Letzteres bei Cosack, „Bürgerliches Recht“ II, § 203.

[3]) Dernburg, „Bürgerliches Recht“ II, 1908, S. 369, Biermann, „Sachenrecht“, Bem. 1 zu § 950.

praktische Bedeutung des Pfandrechts des Unternehmers an Umfang eine erhebliche Einbuße erleiden, immerhin würden die Bestimmungen des § 647 für die unter a und b genannten Fälle ihre Bedeutung behalten.

Nach dem Gesagten ist es erforderlich, sich nach weiteren Gründen umzusehen, wenn man die entgegenstehende Absicht ablehnen will. Glücklicher ist schon der Versuch, aus der Fassung des § 651 BGB auf den Willen des Gesetzgebers zu schließen. Bei dem Werklieferungsvertrag liefert der Unternehmer den Stoff; hier steht dem Besteller zweifellos nicht das Eigentumsrecht an der spezifizierten Sache zu, infolgedessen hat es der Gesetzgeber für notwendig befunden, dem Unternehmer beim Werklieferungsvertrag analog den Bestimmungen beim Kaufvertrag ausdrücklich die Verpflichtung aufzuerlegen, dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an ihr zu verschaffen. Die letztere Bestimmung findet sich bei dem reinen Werkvertrag nicht; das läßt darauf schließen, daß der Gesetzgeber von der Annahme ausging, daß hier das Eigentum bei dem Besteller verbleibt.[1])

Landshoff[2]) will dieses Argument nicht gelten lassen und verweist darauf, die Bestimmung sei, wie beim Kaufvertrag, im Hinblick auf den Fall gegeben, daß ein Dritter Eigentümer des Vertragsgegenstandes sei. Daß dies der alleinige Zweck der diesbezüglichen Bestimmungen der §§ 433 und 651 BGB sei, kann nicht zugegeben werden, insbesondere, wenn man bedenkt, daß auf den gutgläubigen Erwerber das Eigentum nach § 929 BGB auch dann übergeht, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer ist. Es ist daher das Argument aus § 651 nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, wenn es naturgemäß auch nur mit anderen Erwägungen zusammen zur Entscheidung der Frage führen kann.

[1]) Vgl. Riezler, „Werkvertrag", S. 27—29, v. Thur in der „Deutschen Juristen-Zeitung", VI, S. 425, Planck zu § 950.

[2]) Landshoff a. a. O., S. 69.

Im Gegensatz dazu halte ich Riezlers Verweisung auf die Motive II, S. 476, die Landshoff für überzeugender als das obige Moment ansieht, nicht von wesentlicher Bedeutung; es heißt in den Motiven, der Arbeitgeber erwerbe in den Fällen, in denen der Uebernehmer nur Nebensachen und Zutaten liefere, häufig schon vor der Ablieferung des Werkes das Eigentum an diesen Nebensachen durch ihre Verbindung mit der Hauptsache. Ob man die Frage der Spezifikationswirkung so oder so entscheidet, so bleibt jene Bemerkung der Motive stets richtig für die Fälle, in denen der § 950 überhaupt nicht zur Anwendung kommen kann [1]). Ein Schluß auf die Entscheidung der Frage der Spezifikationswirkung läßt sich infolgedessen daraus nicht herleiten.

Man muß bei der Beurteilung der Frage davon ausgehen, daß es sich bei der Vornahme einer Spezifikation nicht um ein Rechtsgeschäft handelt, sondern um die Herstellung eines tatsächlichen Erfolges mit rechtlichen Wirkungen; die Spezifikation gehört zu denjenigen nicht zu den Delikten zu rechnenden Handlungen, an welche sich Rechtswirkungen anschließen, für deren Eintritt es nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie von dem Handelnden gewollt, oder nicht gewollt sind [2]). Es folgt daraus, daß es bezüglich der rechtlichen Folgen einer Spezifikation nicht auf die Geschäftsfähigkeit des Spezifikanten ankommt.

Würde die Spezifikation ein Rechtsgeschäft sein, so würde die Anwendung der Bestimmungen über Stellvertretung die Entscheidung der uns hier beschäftigenden Frage in sich tragen.

Manche wollen nun dadurch zum Ziel gelangen, daß sie

[1]) Vgl. die oben unter a) u. b) genannten Fälle.

[2]) Vgl. Motive, I, S. 127 u. in der Festgabe für Dr. Richard Wilcke, Berlin 1900, „Studie über Rechtshandlung und Rechtsgeschäft" von Dr. Hugo Neumann, Manigk, „Anwendungsgebiet für die Rechtsgeschäfte", S. 184 ff., Rümelin, „Das Handeln im fremden Namen" im „Arch. f. civ. Praxis", Bd. 93, S. 161 ff.

die analoge Anwendung der Bestimmungen über Stellvertretung auf die Spezifikationshandlung befürworten [1]).

Leonhard spricht sich dafür aus, daß das aus den Bestimmungen für Stellvertretung abgeleitete Offenheitsprinzip auch für die Wirkung der Stellvertretung bei Rechtshandlungen entscheidend sein müsse. Er meint, es müsse bei der Frage der Spezifikation stets auf die Offenheit des Vertragsverhältnisses gesehen werden; unter dieser Voraussetzung sei eine Art Stellvertretung hier zuzulassen. Dieser Auffassung tritt Rümelin [2]) entgegen. Er gibt zwar zu, daß ein Spezifikationserwerb durch Vermittlung anderer anerkannt werden müsse, jedoch erklärt er es für durchaus abwegig, die Parallele des Vertretungsrechts bei Willenserklärungen (§§ 164 ff. BGB) heranzuziehen. Rümelin ist darin durchaus beizupflichten.

Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Stellvertretung beziehen sich auf die Vertretung im Willen und sind darauf zugeschnitten. Wie wir oben schon erörtert haben, ist aber die rechtliche Wirkung der Spezifikationshandlung unabhängig vom Willen des Spezifizierenden. Recht deutlich ergibt sich der Unterschied, wenn man bedenkt, daß ein Geschäftsunfähiger zwar mit rechtlichen Wirkungen spezifizieren, nicht aber wirksam Stellvertreter im Sinne des Gesetzes sein kann (§ 165 BGB).

Unterscheidet man die Stellvertretung, um das Nächstliegende zum Vergleich heranzuziehen, schon streng vom Boten, der nur einen fremden Willen erklärt, und nicht Vertreter im Willen ist, so wird man noch viel weniger die analoge Anwendung von Rechtssätzen über Stellvertretung bei anderen tatsächlichen Handlungen anerkennen können, bei denen eine

[1]) So Leonhard, „Vertretung beim Fahrniserwerb", S. 112 ff., Dernburg, „Bürgerliches Recht" (III. Aufl.) III, S. 326 u. (II. Aufl.) I, S. 470, Kohler, „Bürgerliches Recht", II, 1, S. 363, Hellwig, „Verträge auf Leistung an Dritte", S. 111, Staudinger, Nr. 5 zu § 164 BGB; vgl. dazu auch „Gutachtliche Äußerungen zum BGB", III, S. 174.

[2]) Rümelin a. a. O., S. 283 ff.

Vertretung im Willen nicht in Betracht kommt. So wird denn auch eine derartige Analogie aus den Bestimmungen über Stellvertretung bezüglich der Spezifikationshandlung von den Meisten entweder gar nicht für diskutabel erachtet, oder aber ausdrücklich abgelehnt[1]).

In den Protokollen III, S. 242, findet sich auch eine Erörterung unserer Frage. Von einer Seite wird dort bemerkt, der Entwurf I habe irrigerweise die Anwendung der Stellvertretung prinzipiell auf Rechtsgeschäfte beschränkt; der Entwurf II habe durch seine zu den juristischen Personen und zum Besitz getroffenen Bestimmungen anerkannt, daß die Stellvertretung auch in anderen Verhältnissen Anwendung finde. Mit Recht wurde dieser Auffassung von anderer Seite widersprochen und ausgeführt, daß trotz der besonderen Bestimmungen zu den juristischen Personen und zum Besitz der Ausdruck „Vertretung" regelmäßig nur im Sinn einer Vertretung im Willen gebraucht werde.

Eine besondere Stellung nimmt zu dieser Frage Staudinger (Anm. 5 zu § 950) ein. Staudinger geht davon aus, daß die Spezifikation kein Rechtsgeschäft sei, und lehnt deshalb zunächst prinzipiell die analoge Anwendung der Grundsätze über Stellvertretung ab; trotzdem kommt er dann auf einem Umwege zur Anwendung jener Bestimmungen mit der Begründung, daß in vielen Fällen die Neuherstellung in Erfüllung einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit geschehe, z. B. beim Werkvertrag; hier erscheine die Neuherstellung als ein Rechtsgeschäft, auf das die Vorschriften über Stellvertretung direkt Anwendung finden müßten. Dieser Art der Begründung

[1]) Letzteres bei Männer, „Sachenrecht", S. 207 ff., Endemann, „Bürgerliches Recht", Bd. I, § 80, (VI. Aufl.) S. 247 u. S. 339, Neumann, „Handausgabe des BGB", S. 494, Anm. 4, Gierke, „Deutsches Privatrecht", II, S. 586, Manigk, „Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte", S. 184 ff., insbesondere S. 186, 187, Eger, „Vertretung beim Eigentumserwerb", S. 34; vgl. auch Hellmann, „Stellvertretung", S. 99 ff. u. 103 ff. und für das frühere Recht Wolff a. a. O., S. 439.

hat sich auch im wesentlichen ein Strafsenat des Reichsgerichts angeschlossen.[1])

Man wird der Staudinger'schen Begründung nicht beitreten können. Sollen die Bestimmungen über Stellvertretung zur Anwendung kommen, so muß das, was sich zwischen dem Stellvertreter und Dritten abspielt, ein Rechtsgeschäft sein; ob sich die Stellvertretung selbst auf Vertrag oder auf Gesetz gründet, bleibt dabei außer Betracht. Es wird auch nicht dadurch, daß die Bearbeitung in Erfüllung einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit geschieht, die Erfüllungshandlung selbst ein Rechtsgeschäft. Sie ist vielmehr nur dann ein Rechtsgeschäft, wenn sie ihrem eigenen Inhalt nach als Rechtsgeschäft zu betrachten ist.[2]) Sehr oft wird die Erfüllungshandlung ihrem Inhalt nach ein Rechtsgeschäft sein; eine auf Grund eines Werkvertrages vorgenommene Spezifikationshandlung ist jedoch nicht unter derartige als Rechtsgeschäft anzusehende Erfüllungshandlungen zu rechnen.

Planck begründet die Ausnahme von den Folgen des § 950 BGB damit, daß bei dem Werkvertrage eine Vereinbarung zwischen den Parteien vorliege, der Stoffeigentümer solle Eigentümer der hergestellten Sache werden. Wenn dies Argument stets durchgreifen soll, so müßte man bei Werkverträgen demnach eine stillschweigende Vereinbarung in diesem Sinne annehmen, soweit nicht etwas Ausdrückliches ausgemacht ist; es würde dies, wie Biermann (Bemerk. 1 zu § 950) richtig hervorhebt, auf den Notbehelf einer Fiktion hinauskommen.

Zum Vergleich wollen wir die Frage heranziehen, ob im Sinne des § 950 auch derjenige als Hersteller zu betrachten ist, der zur Ausführung der Arbeit fremde Hilfe in Anspruch nimmt; man kommt in dieser Beziehung wohl ohne Aus-

[1]) Vgl. E. d. R. G. in Str., Bd. 37, S. 329.

[2]) Ennecerus-Lehmann, „Bürgerliches Recht" I, S. 503. Endemann, „Bürgerliches Recht" (6. Aufl.) I, S. 628; vgl. auch Stammler, „Recht der Schuldverhältnisse", S. 214 ff., insbesondere S. 221 ff.

nahme zu dem Schluß, daß die Arbeit der Gesellen usw., soweit solche für den Arbeitgeber verrichtet wird, als Arbeit des Arbeitgebers anzusehen ist.[1]) Dabei zieht man die Interpretation des § 950 selbst zu Rate. Verfehlt wäre es, hier die Wirkung der Spezifikation im konkreten Fall von dem Willen des Spezifizierenden bei der Verarbeitung abhängig zu machen; denn in Rücksicht auf die Natur der Spezifikation als Rechtshandlung kann es für den Eintritt der Rechtsänderung nicht von Bedeutung sein, ob der Wille des Spezifizierenden auf das Eintreten der Rechtsänderung gerichtet ist.[2]) Erfordernis bleibt in dieser Beziehung also nur, daß die Spezifikation als solche ein bewußter und gewollter Akt ist, d. h. daß der Wille des Spezifikanten auf die Herstellung der neuen Sache gerichtet ist.[3])

Kann man also die Wirkung der Spezifikation nicht auf den inneren Willen des die Verarbeitung Vornehmenden abstellen, so müssen bei der Beurteilung der Frage objektive Ausgangspunkte zugrunde gelegt werden, wie dies Rümelin

[1]) Vergl. R. G. E. 4, S. 423, Gruchot's Beitr. 24, S. 526, Staudinger, Anmerk. 5 zu § 950, Biermann, Bem. 1 zu § 950, Rümelin a. a. O., S. 283 ff., Isay, „Geschäftsführung", S. 299 ff., Endemann, „Lehrbuch des Bürgerl. Rechts", II. § 84, 5, S. 334, Emerich, „Kauf- und Werklieferungsvertrag", S. 6 ff., v. Thur a. a. O., S. 425, Ihering in „Iherings Jahrbüchern" I, S. 288, Leonhard a. a. O., S. 112 ff., Lotmar a. a. O., S. 384, Cosack, „Bürgerl. Recht", II, § 203, Buhl, „Recht d. bewegl. Sachen", S. 48.

[2]) Für eine entgegengesetzte Annahme findet sich auch kein Anhalt in der Fassung des § 950. Es ist von Interesse, mit dieser Fassung diejenige des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs zu vergleichen. Dort heißt es im § 257: „Wenn jemand aus einer oder mehreren Sachen, mögen sie alle fremde, oder zum Teil eigene sein, durch Umarbeitung oder Umbildung für sich eine neue Sache schafft, so erwirbt er das Eigentum der letzteren." Dazu ist ferner in den „Speziellen Motiven", S. 655, 656, bemerkt: Die Worte „für sich" hat man aufgenommen, um dem Mißverständnis vorzubeugen, daß der Spezifikant auch selbst dann Eigentum an der neuen Sache erwerbe, wenn er die Spezifikation nicht für sich, sondern für einen anderen vorgenommen habe.

[3]) Vgl. Männer a. a. O., S. 207.

a. a. O. richtig ausführt. Es kommt demnach auf das Verhältnis an zwischen dem Spezifizierenden und dem etwaigen Arbeitgeber.

Diejenigen, die die Wirkung der Spezifikation für den Arbeitgeber eintreten lassen, berufen sich auf die Protokolle (Bd. III, S. 242, 243). § 950 beginnt: „Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt“ . . . . Es war beantragt, statt „herstellt“ zu setzen: „herstellt oder herstellen läßt“; es wurde jedoch davon abgesehen, diese Worte einzufügen, nachdem darauf hingewiesen war, daß es hier, wie auch an anderen Stellen des Entwurfs, selbstverständlich sei, daß das „Herstellen“ dem „Herstellenlassen“ gleichstehe. Aus dieser Auffassung heraus kommt man zu dem Resultat, daß ein Arbeiter, der in dem Geschäftsbereich seines Arbeitsherrn spezifiziert, nicht sich selbst, sondern dem Arbeitsherrn Eigentum erwirbt, und man ist sich in der Literatur einig, daß eine andere Entscheidung widersinnig sein würde. Im Gegensatz hierzu hat man teilweise Bedenken getragen, die Wirkung des Verhältnisses zwischen Unternehmer und Besteller in gleicher Weise zu beurteilen, und auch hier von einem „Herstellenlassen“ zu sprechen.

Manche vertreten die Auffassung, es komme bei der Entscheidung der Frage auf die mehr oder minder vorhandene wirtschaftliche Abhängigkeit des Spezifizierenden an.[1]) M. E. trifft dies nicht das Richtige; es kommt nicht auf die allgemeine persönliche Stellung des Spezifizierenden gegenüber dem Arbeitgeber an, sondern der entscheidende Gesichtspunkt wird sein, ob die Verarbeitung in der spezifischen Interessensphäre des Arbeitsherrn vorgenommen wird, oder nicht. Selbst der von seinem Arbeitsherrn abhängigste Arbeiter kann durch Spezifikation Eigentum für sich erwerben, falls er die Spezifikation nicht im Geschäftsbereich seines Arbeitsherrn vornimmt. Anderseits kann ein wirtschaftlich von dem Besteller

[1]) So insbesondere Rümelin a. a. O., S. 305, Biermann zu § 950, Bemerk. 1, Eger, „Vertretung beim Eigentumserwerb“, S. 34.

völlig unabhängiger Unternehmer mit jenem einen Vertrag schließen, in dem er sich durch die Übernahme der Verarbeitung eines von dem Besteller gelieferten Stoffes verpflichtet, hinsichtlich dieses Vertragsgegenstandes in der Interessensphäre des Bestellers tätig zu sein und naturgemäß auch insoweit auf dessen Willen Rücksicht zu nehmen.

Nach dem Gesagten liegt kein Bedenken vor, allgemein auch bei Werkverträgen von einem „Herstellenlassen" durch den Unternehmer zu sprechen, ohne damit die persönliche Unabhängigkeit des Unternehmers irgendwie zu berühren; bei dieser Auffassung kommt man zu dem Resultat, daß nicht nur der abhängige Arbeiter, der eine Spezifikation im Geschäftsbereich seines Arbeitgebers vornimmt, auf Grund des mit ihm geschlossenen Vertrages durch Spezifikation Eigentum nicht für sich, sondern für den Arbeitgeber erwirbt, daß vielmehr aus denselben Gesichtspunkten die gleiche Wirkung eintritt bei der Arbeit des selbständigen Unternehmers, soweit er sie auf Grund eines Vertrages mit dem Besteller an dem von diesem gelieferten Stoff vornimmt.[1]) Mit der von uns vertretenen Ansicht soll aber nur gesagt sein, daß die Wirkung der Spezifikation in allen Fällen für den Besteller eintritt, in denen ein reiner Werkvertrag vorliegt, also immer dann, wenn der Besteller den Stoff liefert; dagegen liegt die Sache anders

[1]) Von den drei oben Genannten, die den Grad der Abhängigkeit des Spezifizierenden als das entscheidende Kriterium ansehen, kommen Isay und Eger zu dem Schluß, daß bei allen Werkverträgen, bei denen das Abhängigkeitsverhältnis des Unternehmers fehlt, die Wirkung der Spezifikation für den Unternehmer eintritt. Biermann lehnt es zwar auch ab, in Fällen des Mangels der wirtschaftlichen Abhängigkeit, die Wirkung der Spezifikation für den Unternehmer mit der Interpretation des § 950 zu begründen, kommt jedoch trotzdem im Endergebnis zu der im Text vertretenen Ansicht; er bemerkt dazu, es sei zu diesem Resultat zu gelangen, nicht auf Grund der Anwendung der Regeln der Spezifikation, sondern vielmehr auf Grund der Annahme einer Ausnahme, die sich klar aus § 647 ergebe. Daß dieses letztere Argument nicht unbedingt durchgreifend ist, darauf ist schon hingewiesen.

bei dem Werklieferungsvertrag; hier liefert der Unternehmer nicht nur die Arbeit, sondern auch den Stoff, und insofern unterscheidet sich der Werklieferungsvertrag in dieser Frage wesentlich von dem reinen Werkvertrag.

Ob Unternehmer oder Besteller den Stoff liefert, das wird demnach das Kriterium bilden. Liefert der Unternehmer den Stoff, so treten die Wirkungen des § 950 für ihn ein, ohne Rücksicht darauf, ob das Eigentum an dem Stoff ihm oder einem Dritten zusteht; er erwirbt Eigentum für sich, bezw. es verbleibt ihm. Liefert der Besteller den Stoff, so treten die Wirkungen des § 950 für den Besteller ein, wobei es ebenfalls gleichgültig bleibt, ob der Besteller oder ein Dritter Eigentümer ist. Auf diese Weise kommt man zu einer festbestimmten Grenze und einem praktisch befriedigenden Ergebnis. Man bleibt überdies nicht nur mit dem Zweck der gesetzlichen Bestimmungen am besten im Einklang, sondern wird auch bei seiner Auffassung aus dem Gesetz insbesondere, wie oben aufgeführt, durch das Argument aus § 651 BGB unterstützt.[1])

[1]) Zu der im Text vertretenen Auffassung gelangen im Wesentlichen: Rümelin a. a. O., Männer a. a. O., Hallbauer-Fuchs a. a. O., S. 141, Entsch. d. O. L. G. 4, S. 312, Enneccerus-Lehmann (2. Aufl.) II, S. 182, Buhl, „Recht d. bewegl. Sachen“ S. 48 und insbes. Endemann, „Bürgerliches Recht“ II, § 84, 5, der auch ausdrücklich denjenigen entgegentritt, die das Gewicht auf das persönliche Abhängigkeitsverhältnis des Spezifizierenden legen. Emerich, der sich in seinem „Kauf- und Werklieferungsvertrag“ (S. 6 ff.) in der Hauptsache auch auf den von uns vertretenen Standpunkt stellt, will eine Ausnahme machen, wenn ein mit geringen Mitteln arbeitender Künstler z. B. ein Gemälde schafft; da man diesen unmöglich als Werkzeug des Bestellers betrachten könne, werde er Eigentümer, selbst wenn der Eigentümer den geringfügigen Stoff liefere. Es ist schon oben ausgeführt, daß es nach unserer Ansicht nicht darauf ankommt, ob der Spezifikant als wirtschaftlich abhängig, als „Werkzeug des Bestellers“ zu betrachten ist; es kann daher in dieser Beziehung auf das dort Gesagte verwiesen werden. Die von Emerich empfohlene Abweichung von den obigen Grundsätzen würde nur die Grenze verwischen, und man wird auch aus diesem Grunde gut tun, die Auffassung Emerichs abzulehnen, wenn auch nicht ver-

Gehört der Stoff dem Spezifikanten, und dieser nimmt irrtümlich Eigentum des Bestellers an, so ist diese Annahme ohne Einfluß auf den hergeleiteten Grundsatz, da es nur auf das objektive Moment der Stofflieferung ankommt; die Wirkung der Spezifikation tritt demnach für den Spezifikanten ein.[1]) Anders steht die Sache, wenn der Spezifikant nicht nur Eigentum des Bestellers annimmt, sondern mit diesem vereinbart, der Besteller solle sofort mit der Bearbeitung Eigentum erhalten; einer solchen Parteivereinbarung würde man unbedenklich rechtsgültige Wirkung zukommen lassen müssen.[2])

Liefert entweder der Besteller den Stoff, und der Unternehmer Zutaten, oder umgekehrt, so ändert das nichts an dem obigen Grundsatze; die Lieferung der Zutaten ist bezüglich des Eigentumserwerbes ohne Bedeutung. Liefern beide Parteien in erheblichem Umfange Stoff, so kommen die Grundsätze über Verbindung und Vermischung zur Anwendung; liefert dabei eine Partei die Hauptsache (§ 947, 2 BGB), so teilt der von dem andern Teil gelieferte Stoff bezüglich der Eigentumsfrage das Schicksal jener Hauptsache und die Entscheidung über den Eigentumserwerb ist gemäß den obigen Grundsätzen wieder abhängig davon, wer den Stoff, d. h. hier die Hauptsache liefert. Wenn keiner der beiden Parteien die Hauptsache liefert, so tritt auf Grund der §§ 947 und 948 Miteigentum ein; das Miteigentum des Bestellers bleibt aber, da in dem Umfange, in welchem er den Stoff liefert, ein Werkvertrag vorliegt, nach den obigen Grundsätzen auch

kannt werden soll, daß Emerich das Moment der persönlichen Stellung des Spezifikanten in wesentlich engeren Grenzen berücksichtigt wissen will, als die oben bei der Frage des Abhängigkeitsverhältnisses Genannten. Übrigens wird es praktisch selten vorkommen, daß der Besteller dem Künstler etwa Farbe und Leinwand liefert.

[1]) Im Ergebnis zustimmend Rümelin a. a. O.; es würde hier übrigens nicht Werkvertrag, sondern Werklieferungsvertrag vorliegen.

[2]) Ebenso Rümelin a. a. O.

durch die Verarbeitung unberührt. An diesem Miteigentumsanteil des Bestellers kann jedoch der Unternehmer bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 647 Pfandrecht erwerben, da ein Pfandrecht am Anteil eines Miteigentümers möglich ist (§ 1258 BGB).

Wir haben wiederholt darauf hingewiesen, daß die Wirkung der Verarbeitung nicht davon abhängt, ob der Wille des Verarbeitenden auf die Rechtsänderung gerichtet ist, daß vielmehr dabei objektive Ausgangspunkte entscheidend sind, die in dem Verhältnis des Spezifizierenden zu dem Besteller liegen. Dies Verhältnis ist aber auch von Einfluß auf die Beziehungen des Bestellers zur Sache, d. h. auf das Besitzmoment. Bei der vergleichenden Heranziehung dieses Gesichtspunktes ergibt sich das Resultat, daß diejenigen, welche nur bei Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses des Spezifizierenden die Wirkungen der Spezifikation für den Besteller eintreten lassen wollen, dabei bewußt oder unbewußt das Verhältnis in Rücksicht nehmen, das im § 855 BGB für Besitzverhältnisse seinen Ausdruck im Gesetz gefunden hat; mit anderen Worten, die Verfechter jener Ansicht könnten auch sagen, wir erkennen an, daß die Spezifikationswirkung nach § 950 nicht für den Spezifikanten, sondern für den Besteller eintritt, wenn sich der Spezifikant bezüglich des zu bearbeitenden Gegenstandes gegenüber dem Besteller in dem im § 855 gekennzeichneten Verhältnis befindet, also sogenannter Besitzdiener ist. Bei der im Text vertretenen Ansicht geht man einen Schritt weiter unter Ausschaltung des Moments des persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses; hier treten, wenn man im gleichen Sinne die Parallele zieht, die rechtlichen Wirkungen der Spezifikation für den Besteller nicht nur ein, wenn der Spezifikant Besitzdiener ist, sondern auch, wenn er zwar im Sinne des Gesetzes Besitz an der zu bearbeitenden Sache erlangt, andererseits aber der Besteller mittelbarer Besitzer bleibt. Dies letztere ist bei dem reinen Werkvertrag anzunehmen,[1]) während beim Werk-

[1]) Vgl. Dernburg, „Bürgerliches Recht", III, S. 47.

lieferungsvertrag von einem mittelbaren Besitz des Bestellers nicht mehr gesprochen werden kann. Auch unter diesem Gesichtspunkt zeitigt unsere obige Stellungsnahme eine befriedigende Lösung in der Auslegung der Bestimmungen über die Wirkung der Spezifikation.

Wir kommen danach zu dem Ergebnis, daß auch bei den oben unter c genannten Fällen das Eigentum durch Spezifikation nicht auf den Unternehmer übergeht und damit auch hier das dem Unternehmer in § 647 gegebene Pfandrecht seine praktische Bedeutung hat.

Die Spezifikationswirkung tritt, wie gesagt, für den Besteller auch dann ein, wenn der gelieferte Stoff nicht ihm gehört. Liegen daher die Voraussetzungen des § 950 vor, so wird der Besteller mit der Spezifikation des fremden Stoffes durch den Unternehmer Eigentümer des spezifizierten Gegenstandes. Daraus ergibt sich wiederum die Wirkung, daß damit in diesen Fällen auch das Pfandrecht des § 647 für den Unternehmer zur Entstehung gelangen kann, da die Sachen mit der Spezifikation Sachen des Bestellers werden, mögen sie auch vorher im Eigentum eines Dritten gestanden haben. (Vgl. oben).

C. Herstellung oder Ausbesserung durch den Unternehmer.

Zur Entstehung des Pfandrechts nach § 647 BGB ist es erforderlich, daß die den Gegenstand des Werkvertrages bildenden Sachen vom Unternehmer hergestellt oder ausgebessert werden. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß mit der Bezeichnung „Herstellen und Ausbessern" alle Tätigkeit gemeint ist, welche in Rücksicht auf § 631, Abs. 2 BGB als Arbeit an einer Sache Gegenstand des Werkvertrags sein kann. Staudinger sagt daher, daß dahin auch „veränderte" Sachen gehören.[1]) Landshoff weist darauf hin, daß der Abs. 2 des § 631 im ersten Entwurf noch nicht vorhanden war, und da-

[1]) Vgl. dazu v. Staudinger Anm. 2b zu § 647, und ausführlich Landshoff a. a. O., S. 63 ff.

her bei der abweichenden Fassung des § 647 keine Berücksichtigung habe finden können, daß diese sich vielmehr an die Fassung im § 41 Nr. 6 der alten KO anlehne, wo es „fertigen oder ausbessern“ heiße. Allerdings hat die alte KO den Ausgangspunkt gegeben zur Fassung des § 647, immerhin wäre an sich bei der Einfügung des § 631, Abs. 2 BGB die Herstellung der Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 647 angezeigt gewesen. Der Unternehmer, der von dem Besteller einen Gegenstand zur Bearbeitung übernimmt und diesen Gegenstand vor Beginn der Bearbeitung zertrümmert, erwirbt an den vielleicht in Rücksicht auf das Material wertvollen Trümmern durch diese Art der Veränderung kein Pfandrecht, geradeso wie der Spezifikant („Verarbeitung oder Umbildung“) nicht Eigentum erwirbt durch Zerstörung oder zwecklose Änderungen. Daraus ergibt sich, daß nicht jede Änderung an sich dem Unternehmer Pfandrecht erwirbt, sondern nur die Veränderung durch Arbeit, und deshalb ist hier das „Ausbessern“ betont, ein Verändern, das seinen bestimmten Zweck hat. Dieser Zweck braucht aber nicht objektiv genommen vorhanden sein, sondern er fehlt dann nie, wenn die Arbeit Gegenstand des Werkvertrages ist und so im Sinne des Bestellers vorgenommen wird; daher kann denn auch im § 631, Abs. 2 unbedenklich allgemein von der Veränderung von Sachen als Gegenstand des Vertrages gesprochen werden, während in dem § 647 nur das Verändern betroffen wird, welches erst gerade dadurch, daß es Gegenstand eines Werkvertrages ist, seinen Zweck erlangt. Jedenfalls wird aus der verschiedenen Wahl der Ausdrücke nicht entnommen werden können, daß irgend eine Art der auf Grund eines Werkvertrages an einer beweglichen Sache vorgenommenen Arbeit etwa deshalb nicht das Pfandrecht für den Unternehmer begründet, weil nur von „Herstellen oder Ausbessern“ die Rede ist.

Es kommen als Objekt des Pfandrechts nur die Sachen in Betracht, die selbst Gegenstand der Bearbeitung gewesen sind, nicht etwa auch Werkzeuge und Hilfsmaterialien, die

von dem Besteller dem Unternehmer zur Ausführung der Arbeit überwiesen sind.[1])

Das Gesetz stellt ferner als Erfordernis auf, daß das Werk von dem Unternehmer hergestellt oder ausgebessert ist. Es fragt sich, ob das Pfandrecht nur entsteht, wenn der Unternehmer die Arbeit selbst vornimmt. Hier gelten die gleichen Gesichtspunkte wie oben; man muß wiederum das „Herstellenlassen" dem „Herstellen" gleichsetzen, und m. E. kann auch kein Bedenken getragen werden, das „Herstellenlassen" in dem obigen umfassenderen Sinne zu verstehen und demnach nicht nur dann, wenn ein abhängiger Arbeiter oder Angestellter die Arbeit verrichtet, von einem „Herstellenlassen" zu sprechen, sondern auch in den Fällen, in denen der mit dem Besteller kontrahierende Unternehmer einen Untervertrag mit einem unabhängigen Dritten abschließt.

Liegt der Fall so, daß der Dritte nur einen Teil der Arbeit leistet, und die übrige Arbeit von dem ersten Unternehmer verrichtet wird, so würde letzterer schon aus diesem Grunde Pfandrecht nach § 647 erwerben. Jedoch wird man ihm auch das Pfandrecht dann zusprechen müssen, wenn in seinem eigenen Betrieb gar keine Arbeit an der betreffenden Sache verrichtet wird. Man könnte dem entgegenhalten, daß die volkswirtschaftliche Bedeutung der Bestimmung des § 647 insbesondere auf den Schutz der eigenen Arbeit abzielt, und daß hier eventuell einem Unternehmer der Schutz des § 647 zugute kommen würde, der weder selbst Arbeit geleistet hat, noch diese Arbeit durch seine dauernd bei ihm angestellten und von ihm abhängigen Arbeiter hat leisten lassen. Verneint man aus diesem Gesichtspunkt die Entstehung des Pfandrechts für jenen Unternehmer, so würde sich daraus nicht etwa folgern lassen, daß nun das Pfandrecht für den Unternehmer entstehe, mit dem der Untervertrag abgeschlossen wird, denn diesem

[1]) Vgl. Staudinger, Anm. 2b zu § 647, Oertmann, Anm. 3a zu § 647, Goldmann-Lilienthal, „Das bürgerliche Gesetzbuch", 2. Aufl., I, S. 666 unter 2.

gegenüber ist der Besteller nicht Eigentümer; ein Pfandrecht würde dann für keinen von beiden zur Entstehung gelangen. M. E. darf man auch hier den Begriff des Herstellens durch den Unternehmer nicht enger begrenzen, wie oben bei der Entscheidung der Frage über die Spezifikationswirkung. Schließt also der Unternehmer einen Unterwerkvertrag ab, d. h. läßt er die Sache durch einen Dritten herstellen, der auch Unternehmer ist, so erwirbt auch in diesem Falle der mit dem Besteller kontrahierende Unternehmer Pfandrecht an der hergestellten oder ausgebesserten Sache, weil selbst dann noch die Arbeit als von ihm bewirkt anzusehen ist. Dabei bleibt jedoch zu berücksichtigen, daß das Pfandrecht nur Unternehmer erwerben, daß also ein bloßer Vermittler, der nicht selbst „Unternehmer" in dem bereits im Anfang der Arbeit erörterten Sinne ist, infolge des Mangels dieses Erfordernisses kein Pfandrecht erwerben kann. Anderseits entsteht auch dann kein Pfandrecht für den ersten Unternehmer, wenn dieser etwa den Untervertrag mit dem zweiten Unternehmer als Stellvertreter des Bestellers abschließt; in diesem Fall erwirbt jener zweite Unternehmer Pfandrecht, da er ja dann Gegenkontrahent des Bestellers, also desjenigen wird, dem das Eigentum an der zu bearbeitenden Sache zusteht.

D. Erlangung des Besitzes bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung.

Das Pfandrecht des § 647 entsteht nur dann, wenn die Sachen bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in den Besitz des Unternehmers gelangt sind. Diese Bestimmung ist gegeben, um in Übereinstimmung mit der Regelung des vertragsmäßigen Pfandrechts auch hier an dem Grundsatz der Erkennbarkeit festzuhalten. Es entscheidet sich nach den allgemeinen Grundsätzen, wann Besitz anzunehmen ist. Als Besitz gilt aber nicht nur der unmittelbare, sondern, wie von der herrschenden Ansicht anerkannt wird, abgesehen

von besonders bezeichneten Ausnahmefällen, auch der mittelbare Besitz (§ 868 BGB).[1])

Es spielt diese Erwägung eine Rolle für den Fall, daß der Unternehmer einen Untervertrag mit einem Dritten abgeschlossen hat und die zu bearbeitende Sache aus den Händen des Bestellers direkt in die Werkstatt des Dritten und von dort zurückgelangt, ohne in den unmittelbaren Besitz des mit dem Besteller kontrahierenden Unternehmer zu gelangen. Erlangt der letztere hier zwar nicht unmittelbaren Besitz, so erlangt er doch mittelbaren Besitz, und dieser genügt zur Entstehung des Pfandrechts.[2])

Es zeigt sich, daß jenes Erfordernis der Besitzerlangung nicht unserer obigen Annahme entgegensteht, daß auch der mit einem selbständigen Dritten kontrahierende Unternehmer, falls er eben noch „Unternehmer" im Sinne des Gesetzes ist, Pfandrecht nach § 647 erwerben kann. Als Besitz im Sinne des Gesetzes ist dagegen nicht das in § 855 BGB gekennzeichnete Verhältnis anzusehen; der Besitzdiener kann daher das Pfandrecht nicht erwerben. Nimmt der Unternehmer eine Bearbeitung im Hause des Bestellers vor, so wird das Pfandrecht nach § 647 nicht zur Entstehung gelangen, denn hier kann der Unternehmer höchstens als Besitzdiener angesehen werden.[3])

Zur Entstehung des Unternehmerpfandrechts ist überdies erforderlich, daß die betreffenden Sachen gerade um der Herstellung oder Ausbesserung willen in den Besitz des Unternehmers gelangt sind. Waren sie bei der Bearbeitung nicht in den Besitz des Unternehmers gelangt, oder nach der Be-

[1]) Vgl. Gierke, „Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes", S. 7 ff., Fischer in der „Deutschen Juristenzeitung", III, S. 367 ff., Strohal in „Iherings Jahrbüchern", Bd. 38, S. 49, Planck zu § 868, Staudinger zu § 868, Anm. I, 3.

[2]) Zustimmend Landshoff a. a. O., S. 80.

[3]) Vgl. Oertmann zu § 647, Anm. 3c, v. Staudinger zu § 647, Anm. 2b, Dernburg, „Bürgerliches Recht", II, 2, S. 506, Goldmann-Lilienthal a. a. O., unter 4.

arbeitung von ihm bereits an den Besteller zurückgegeben, und gelangen nun, ehe die Forderung aus dem Werkvertrage bezahlt wurde, aus einem anderen Grunde oder zufällig in den Besitz des Unternehmers, so entsteht dadurch das Pfandrecht nicht.[1]) Dagegen entsteht das Pfandrecht, wenn die Sachen zwar zunächst aus einer anderen Veranlassung in den Besitz des Unternehmers gelangt sind, und nun während der Besitzdauer der Werkvertrag abgeschlossen wird; denn von diesem Zeitpunkt ab hat der Unternehmer den Besitz inne zum Zwecke der Herstellung oder Ausbesserung.[2])

§ 4.

Weiteres zur Frage der Entstehung des Pfandrechts.

In dem § 647 sind die Bedingungen gegeben, welche sämtlich vorhanden sein müssen, falls das Pfandrecht entstehen soll. Gleichgültig ist dabei, welche von den Bedingungen zuletzt eintritt; jedesmal tritt das Pfandrecht mit der Erfüllung der letzten Bedingung ins Leben. Das Pfandrecht entsteht nur an den von dem Unternehmer hergestellten oder ausgebesserten Sachen; diese vom Unternehmer zu leistende Arbeit wird meist das letzte Moment sein, das zur Erfüllung sämtlicher Bedingungen nötig ist. Es ist aber auch der Fall denkbar, daß eine andere Voraussetzung erst während der Verarbeitung eintritt, so z. B. das Erfordernis des Eigentums des Bestellers an der betreffenden Sache, worauf schon oben hingewiesen wurde. Liegt aber der regelmäßige Fall vor, daß die übrigen Vor-

[1]) Vgl. Staudinger, Anm. 2b zu § 647, Dernburg a. a. O., II, 2, S. 506, Anmerkung, Hallbauer-Fuchs a. a. O., S. 141, Goldmann-Lilienthal a. a. O. zu 3 mit praktischem Beispiel.

[2]) Vgl. Goldmann-Lilienthal a. a. O. unter 3 mit praktischem Beispiel.

aussetzungen schon vor dem Beginn der Arbeit gegeben sind, so tritt das Pfandrecht mit der Bearbeitung ins Leben, d. h. das Pfandrecht entsteht, wenn auch nur der geringste Teil der Arbeit zur Herstellung oder Ausbesserung an der Sache geleistet ist. Es ist daher genügend, aber anderseits auch erforderlich, daß mit dieser Arbeit bereits begonnen wurde. Forderungen, die schon vorher aus dem Vertrage entstanden sind, und an sich (vgl. unten) durch das Pfandrecht, falls es zur Entstehung gelangt, gesichert werden, fallen nicht unter den Schutz des Pfandrechts, falls die Arbeit zur Herstellung und Ausbesserung nachher aus irgend einem Grunde unterbleibt; denn erst mit dem Moment der Arbeit des Unternehmers ist seine besondere Sicherung nach dem Wortlaut und dem Sinne des Gesetzes gegeben.[1])

Wir haben oben ausgeführt, daß nach den Voraussetzungen des § 647 das Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangt, wenn die zu bearbeitende Sache nicht Eigentum des Bestellers ist, d. h. wenn sie nicht entweder bereits vor der Bearbeitung dem Besteller gehört oder doch während bezw. mit der Verarbeitung in das Eigentum des Bestellers übergeht (vgl. oben). Es fragt sich, ob dieser Satz in Rücksicht auf die Schutzbestimmungen hinsichtlich des guten Glaubens des Unternehmers eine Ausnahme erfährt. Der § 1257 BGB bestimmt, daß die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung finden. Daraus haben manche den Schluß gezogen, daß die §§ 1207 und 1208 auch für die gesetzlichen Pfandrechte entscheidend seien. Bei dieser Annahme würde der Unternehmer auch an Sachen, die nicht Eigentum des Bestellers sind, Pfandrecht erwerben können, falls er im guten Glauben ist (§ 1207). Es würde ferner, falls die zu bearbeitende Sache zwar dem Besteller gehört, jedoch mit dem Rechte eines Dritten (Pfandrecht oder Nießbrauch) belastet ist,

[1]) Ebenso Landshoff, S. 81 ff. und für die alte KO Wolff a. a. O., S. 439, 440, Goldmann-Lilienthal a. a. O. unter 2.

das nach § 647 entstehende Pfandrecht dem Rechte jenes Dritten vorgehen, es sei denn, daß der Unternehmer zur Zeit des Erwerbes in Ansehung des Rechtes des Dritten nicht im guten Glauben ist.

Staub (Anm. 75 zu § 368 HGB) spricht sich dafür aus, daß der Schutz des gutgläubigen Erwerbes in demselben Umfange Platz greifen müsse, wie bei dem vertragsmäßig bestellten Pfandrechte.[1])

Unbestritten besteht für die gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers der Schutz des guten Glaubens, aber kraft besonderer Vorschrift des § 366, Abs. 3 HGB; infolgedessen kann daraus nicht entnommen werden, daß das gleiche auch für die gesetzlichen Pfandrechte des BGB zutrifft. Umgekehrt ist daraus nicht als Argument herzuleiten, daß infolge Fehlens einer solchen Vorschrift bei den gesetzlichen Pfandrechten des BGB der Schutz des guten Glaubens dort unbedingt ausgeschlossen sein müsse; mit Recht weist Staub darauf hin, daß auch dann, wenn man aus § 1257 allgemein den Schutz des guten Glaubens für gesetzliche Pfandrechte folgert, der Absatz 3 des § 366 HGB insofern seine Berechtigung behält, als er den im § 366 Abs. 1 erweiterten Schutz des guten Glaubens im Handelsrecht auch für jene gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers ausspricht. Man muß daher m. E. die Verwertung des § 366, Abs. 3 HGB für die Entscheidung unserer Frage in dem einen oder anderen Sinn ausschalten.

Dagegen zwingt der Wortlaut des § 1257 BGB dazu, die Anwendung der Vorschriften bezüglich des gutgläubigen Erwerbes bei den gesetzlichen Pfandrechten auszuschließen. Nach § 1257 sollen die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht Anwendung finden nicht auf das gesetzliche Pfandrecht an sich, sondern auf die kraft Ge-

[1]) Derselben Ansicht Scherer in der „Deutschen Juristenzeitung" 1900, S. 202.

setzes entstandenen Pfandrechte. Es wird also von einem bereits entstandenen Pfandrecht gesprochen, und zwar nicht zufällig oder unabsichtlich, wie Scherer meint, sondern ganz folgerichtig, weil sich die Entstehung der gesetzlichen Pfandrechte nach den verschiedenen, für jedes Pfandrecht besonders gegebenen Bestimmungen richtet.

Aus § 1257 BGB läßt sich der Schutz des guten Glaubens für die gesetzlichen Pfandrechte nicht ableiten, und da sich eine bezügliche Bestimmung auch bei den einzelnen Pfandrechten nicht findet, so kommen wir zu dem Resultat, daß sich die Anwendung der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb bei den gesetzlichen Pfandrechten des BGB nicht rechtfertigen läßt.[1])

Aus der genannten Auffassung folgt, daß das Pfandrecht des Unternehmers auch nicht entsteht, wenn dieser im guten Glauben den Besteller irrtümlich für den Eigentümer hält,

[1]) So Dernburg, „Bürgerliches Recht“ (3. Aufl.), S. 784, Neumann zu § 1257, Note I, 2b, Wilmowsky, „Konkursordnung“ S. 227, Jäger, „Konkursordnung“, Anm. 12 zu § 48, Wendt im „Archiv f. civ. Praxis“, Bd. 89, S. 31 ff.; ferner gegen Scherer polemisierend: Labes i. d. „Deutschen Juristenzeitung“ 1900, S. 225, Dr. Mannhardt im „Recht“ 1900, S. 296 ff. und Brückner im „Recht“ 1901, S. 525 ff., Planck zu § 1257, Anm. 3a, Goldmann-Lilienthal a. a. O. unter 6, Buhl a. a. O., S. 127, Cosack, „Lehrbuch des Handelsrechts“, S. 127, Siber, „Pfandrecht des Vermieters“, S. 32, Neuburger, „Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs“, Dissertation 1904, S. 72 ff., Motive II, S. 405, Protokolle II, S. 203 ff. Im Resultat stimmen ferner auch Staudinger und Biermann zu (vgl. deren Anmerkungen zu § 1257). Biermann beruft sich auch auf die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch, in welcher ausdrücklich gesagt sei, daß der Schutz des guten Glaubens den gesetzlichen Pfandrechten nach dem Bürgerlichen Recht nicht zukomme. Staub hält dem entgegen, daß die Denkschrift zum HGB nicht maßgebend für die Auslegung des BGB sein könne. Dies zugegeben, ist doch auch dieser Hinweis Biermanns eine Stütze für die als herrschend zu bezeichnende Auffassung, die auch in der Praxis ihre Anerkennung gefunden hat. (Vgl. Entsch. d. O. L. G., Bd. II, S. 80, Bd. III, S. 28, Bd. IV, S. 329.)

und ferner, daß das Pfandrecht oder Nießbrauchsrecht eines Dritten, soweit es nicht nach den gesetzlichen Vorschriften wegen Aufgabe des Besitzes erlischt, dem Pfandrecht des Unternehmers vorgeht, selbst wenn der Unternehmer bezüglich des Nichtbestehens jenes Rechtes im guten Glauben war. Besteht z. B. an der zu verarbeitenden Sache ein Pfandrecht des Vermieters und erlischt dies nach § 560 BGB nicht, da der Unternehmer in demselben Grundstück wohnt, und daher infolge mangelnder Entfernung der Sachen vom Grundstück § 560 BGB nicht zur Anwendung kommt, oder weil die Entfernung ohne Wissen bezw. unter Widerspruch des Vermieters erfolgt, ohne daß Satz 2 des § 560 eingreift,[1]) so geht jenes ältere Vermieterpfandrecht dem Pfandrecht des Unternehmers vor.[2])

Eine abweichende Auffassung in dieser Frage findet sich überdies in zwei Dissertationen.[3]) Callmann stellt sich bei der Auslegung des § 1257 auf den Standpunkt, den Scherer vertritt, macht jedoch die Wirkungen des guten Glaubens in der Person des Pfandgläubigers von dem Besitz des Pfandgegenstandes abhängig und schließt daraus, daß in dieser Beziehung die Pfandrechte des Vermieters und Verpächters (auch wohl des Gastwirts) ausscheiden. Landshoff gibt zwar zu, daß die Heranziehung des § 1257 für die Begründung der abweichenden Ansicht nicht möglich sei (a. a. O., S. 39, 41); er meint jedoch, daraus folge nicht, daß nicht für einzelne

[1]) Meist wird das Pfandrecht des Vermieters in diesen Fällen erlöschen, weil die mit der Übergabe an den Unternehmer verbundene Entfernung von dem Grundstück regelmäßig den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechend stattfindet, sodaß der Vermieter nicht widersprechen darf (Siber a. a. O., S. 45).

[2]) Vgl. Siber a. a. O., S. 45 und 80; in Rücksicht auf das Verhältnis zwischen den beiden Pfandgläubigern ist § 1232 BGB zu beachten.

[3]) Callmann, „Zu den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über gutgläubigen Eigentums- und Pfanderwerb an beweglichen Sachen", Gießener Dissertation 1904, S. 96 ff. und Landshoff, S. 37 ff. u. S. 91.

der gesetzlichen Pfandrechte, insonderheit desjenigen des Unternehmers, die gleichen Rechtssätze, auf die § 1257 verweise, Platz griffen, allerdings aus einem anderen Grunde, nicht auf dem Umwege über § 1257, sondern vermöge der analogen Anwendung des § 1207. Diese analoge Anwendung auf gesetzliche Pfandrechte, bei denen der Pfandgläubiger den Besitz an dem Pfandobjekt hat, sucht Landshoff eingehend zu rechtfertigen, ohne allerdings eine genügende Unterlage für seine Deduktionen finden zu können (a. a. O., S. 42).

Eine derartige Analogie läßt sich nicht rechtfertigen; weil die Entstehung der gesetzlichen Pfandrechte von der Begründung vertragsmäßiger Pfandrechte grundverschieden ist, so mußte in dem § 1257 davon abgesehen werden, Bestimmungen über die Entstehung des vertragsmäßigen Pfandrechts auch für gesetzliche Pfandrechte für anwendbar zu erklären. Ergibt sich danach bezüglich der Entstehung eine hervorstechende Eigentümlichkeit der gesetzlichen Pfandrechte, so ist auch in Berücksichtigung des Wesens der Analogie die Heranziehung jener Normen zum Analogieschlusse versagt.

Callmann und Landshoff betonen: der rechtskundige Unternehmer brauche sich nur in jedem einzelnen Fall vertragsmäßig an den zu bearbeitenden Sachen ein Pfandrecht bestellen zu lassen, um aller Vorteile des Vertragspfandrechts, insbesondere auch des Schutzes des guten Glaubens, teilhaftig zu werden; der rechtsunkundige Unternehmer dagegen litte Schaden nicht, weil er seine Arbeit schlecht verrichtet habe, sondern weil ihm die Feinheiten der Jurisprudenz verschlossen geblieben seien.[1])

Wenn Callmann und Landshoff in Rücksicht auf diese Erwägung behaupten, der Ausschluß des gutgläubigen Erwerbes bei gesetzlichen Pfandrechten führe zu seltsamen und ungerechtfertigten Wirkungen, so kann dem nicht zugestimmt werden. Daß der Kontrahent, der sich durch

[1]) Landshoff a. a. O., S. 43, Callmann a. a. O., S. 103.

besondere Parteivereinbarungen schützt, besser dasteht, als ein anderer, dem solche Vorsichtsmaßregeln fremd sind, ist eine Tatsache, an der man niemals wird rütteln können. Die gesetzlichen Schutzbestimmungen sind allerdings dazu gegeben, die Unkundigen bis zu einem gewissen Grade zu sichern, aber sie schließen nicht aus, daß sich der vorsichtige Geschäftsmann noch weitergehende vertragsmäßige Garantien geben läßt.

Auf den Unterschied zwischen dem gesetzlichen und vertragsmäßigen Pfandrecht in dieser Beziehung wird auch in den Protokollen aufmerksam gemacht (Prot. II, S. 204). Hier wird richtig betont, daß der Schutz des guten Glaubens nicht etwa ein allgemeines Rechtsprinzip sei, daß er vielmehr einen Eingriff in die Rechte Dritter enthalte, der sich nur rechtfertigen lasse, soweit es die Rücksichten auf die Sicherheit des Verkehrs erheischen; bei der Übertragung des Eigentums, bei der Verpfändung beweglicher Sachen und bei anderen die Einräumung eines dinglichen Rechtes bezweckenden Rechtsgeschäften habe der Entwurf mit Rücksicht auf die große wirtschaftliche Bedeutung dieser Geschäfte im Verkehre erhöhte Garantien zum Schutze des guten Glaubens für erforderlich gehalten; diese Erwägungen hätten jedoch keine Geltung, wenn sich die Entstehung des Pfandrechts nicht an einen rechtsgeschäftlichen Akt, sondern an einen tatsächlichen Vorgang knüpfe.

Auch Neuburger (a. a. O., S. 75) hält es innerlich für durchaus gerechtfertigt, daß hier der Satz „Hand wahre Hand“ in seinen Konsequenzen versage, da ja derjenige, dem der Eigentümer seine Sache anvertraut habe, gar nicht über sie verfügt habe; darum könne hier dem Eigentümer nicht der Vorwurf gemacht werden, er habe sein Vertrauen einem Unwürdigen geschenkt. Neuburger weist weiter ganz mit Recht darauf hin, daß man bei Vertragspfandrechten auf der einen Seite eine bewußte Verfügung, auf der andern Seite ein bewußtes Wollen und Inempfangnehmen habe; der Erwerb des Pfandrechts sei der Gegenstand des Rechtsgeschäfts, oft

der eigentliche Beweggrund zum Eingehen des Schuldverhältnisses; dagegen werde es nicht das Normale sein, daß für den Eintritt in das Rechtsverhältnis, aus dem das gesetzliche Pfandrecht entspringe, dieses Pfandrecht bestimmend wirke.[1]) Alles in allem, man wird sich auch durch die Art der Begründung Callmann's und Landshoff's nicht in der oben gekennzeichneten Stellungnahme wankend machen lassen. Übrigens sei ihnen gegenüber noch darauf hingewiesen, daß der Unternehmer auch dann, wenn ihm aus den genannten Gründen kein Pfandrecht zur Seite steht, keineswegs jedes Schutzes beraubt ist, da ihm das Zurückbehaltungsrecht als Schutzmittel bleibt.

---

§ 5.

Inhalt und Erlöschen des Pfandrechts.

Auf das kraft des Gesetzes entstandene Pfandrecht finden nach § 1257 die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung. Dahin gehören die Vorschriften über den Inhalt und das Erlöschen des Pfandrechts. Diese Bestimmungen sind allgemein pfandrechtlicher Natur, insbesondere bietet die entsprechende Anwendung auf das gesetzliche Pfandrecht, soweit die Vorschriften den rechtlichen Inhalt der Sicherung durch das Pfand betreffen, keine Schwierigkeiten; es liegt außerhalb des Rahmens unserer Aufgabe, auf diese allgemein pfandrechtlichen Gesichtspunkte, insbesondere auf das Befriedigungsrecht des Pfandgläubigers näher einzugehen. Bei der entsprechenden Anwendung der Bestimmungen über das Erlöschen des Pfandrechts haben sich einige Meinungsverschiedenheiten ergeben. Einig ist man sich darin, daß die Paragraphen 1252 bis 1256 und 1250, Abs. 2 BGB auf Grund des § 1257 auf das Erlöschen der gesetzlichen

[1]) Ähnlich Siber a. a. O., S. 31, 32.

Pfandrechte entsprechende Anwendung finden. Das Pfandrecht erlischt demgemäß mit der Forderung, für die es besteht (§ 1252), und ferner mit deren Übertragung unter Ausschluß des Übergangs des Pfandrechts (§ 1250, Abs. 2). Die Forderung geht regelmäßig unter durch Befriedigung des Unternehmers durch den Besteller oder durch Befriedigung aus dem Pfandobjekt durch Pfandverkauf. Befriedigung durch den Besteller tritt auch nach § 1224 ein. Das Pfandrecht des Unternehmers kann jedoch nicht ohne seine Zustimmung durch anderweitige Sicherheitsleistung zum Erlöschen gebracht werden, wie dies kraft besonderer Vorschrift bei den übrigen gesetzlichen Pfandrechten der Fall ist.[1]) Bei dem Unternehmer-Pfandrecht ist eine derartige Bestimmung nicht getroffen. Es ist diese Abweichung eine ganz gerechtfertigte Folge des Grundsatzes, daß dem Unternehmer, falls er nicht befriedigt wird, gerade der Gegenstand, in dem seine Arbeit steckt, haften soll.[2]) Das Pfandrecht erlischt weiter durch Untergang der Sache, anderseits aber auch kraft der allgemeinen Bestimmungen über gutgläubigen Erwerb (§§ 1244, 936 BGB). Besondere Erlöschungsgründe sind ferner der Verzicht (§ 1255 BGB) und das Zusammentreffen mit dem Eigentum (§ 1256 BGB). Schließlich erlischt das Pfandrecht durch Rückgabe auf Grund des § 1254 oder bei freiwilliger Rückgabe des Unternehmers an den Besteller nach § 1253, wobei insbesondere die gesetzliche Vermutung des § 1253, Abs. 2 zu beachten ist. Verliert der Pfandberechtigte auf andere Weise den Besitz des Pfandgegenstandes, so geht das Pfandrecht nicht unter; den Besitz des Pfandobjektes kann er sich nach § 1227 BGB wieder verschaffen.

Bei der Beendigung des Pfandrechts auf Grund der freiwilligen Rückgabe des Unternehmers an den Besteller ist zu betonen, daß das Pfandrecht auch dann erlischt, wenn die

[1]) Vgl. §§ 562, 581, 590, 704 BGB.

[2]) Vgl. dazu Jäger, „Konkursordnung“, S. 438, Landshoff a. a. O., S. 103.

Sache vor beendigter Reparatur zurückgegeben wird. Ist das Pfandrecht durch Rückgabe der bearbeiteten Sache an den Besteller erloschen, so lebt das alte Pfandrecht nicht etwa dadurch wieder auf, daß die Sache an den Unternehmer nochmals zur Nachbesserung zurückgegeben wird; dagegen kann für den Unternehmer, soweit ihm aus der Nachbesserung Forderungen gegen den Besteller erwachsen, ein neues Pfandrecht entstehen, das aber nur diesen neu begründeten Forderungen pfandrechtlichen Schutz gewährt.

Es hat zu Bedenken Anlaß gegeben, den § 418 BGB auch auf die gesetzlichen Pfandrechte anzuwenden. Im § 418 handelt es sich ebenfalls um das Erlöschen des Pfandrechts; demnach ist nach dem Wortlaut des § 1257 darauf zu schließen, daß auch diese Vorschrift für das kraft Gesetzes entstandene Pfandrecht ihre Bedeutung hat. Daß die bezügliche Bestimmung sich bei der Schuldübernahme und nicht bei den sonstigen Bestimmungen über das vertragsmäßige Pfandrecht findet, kann für die Frage nicht entscheidend sein. Immerhin findet sich in den Protokollen II, S. 425 die Ansicht vertreten, die Vorschrift des § 418 beschränke sich auf die bestellten Pfandrechte und Bürgschaften, gesetzliche Pfandrechte und Bürgschaften sollten auch im Falle der Schuldübernahme bestehen bleiben; es wird weiter bemerkt, daß sich dieser Ansicht die Mehrheit ausdrücklich angeschlossen habe. Die gleiche Auffassung wird offenbar vorwiegend in der Wissenschaft vertreten.[1]) M. E. besteht kein innerer Grund, bei der Auslegung des § 1257 diese Einschränkung zu machen. Da es von der Zustimmung des Pfandberechtigten abhängt, ob die Schuldübernahme überhaupt zustande kommt, so bleibt ihm stets unbenommen, den Eintritt des neuen Schuldners nur unter Zustimmung des Eigentümers der Pfandsache, d. h. des Bestellers, zu gestatten. (§§ 414, 415 BGB).

[1]) So Dernburg, „Bürgerl. Recht“ II, 1, S. 359. Endemann, „Bürgerl. Recht“ I (6. Aufl.), S. 683 (Anm. 6). Buhl, a. a. O., S. 128. Neumann zu § 418, Note 3.

Läßt der Unternehmer die Schuldübernahme ohne die genannte Bedingung zu, so hat er damit selbst stillschweigend auf das Pfandrecht verzichtet, und es können auch praktische Fälle vorkommen, in denen selbst bei Verlust des Pfandrechts an der bearbeiteten Sache der Eintritt eines kapitalkräftigen neuen Schuldners für den Unternehmer vorteilhafter ist, als das Bestehenbleiben des Pfandrechts unter Beibehaltung des alten unsicheren Schuldners. M. E. liegt nach dem Gesagten kein Bedenken vor, wenn man auch hier die Bestimmungen über das vertragsmäßig bestellte Pfandrecht auf die kraft Gesetzes entstandenen Pfandrechte anwendet, so daß auch der Erlöschungsgrund des § 418 bei dem Unternehmerpfandrecht wirksam werden kann.[1])

§ 6.

Die durch das Pfandrecht gesicherten Forderungen.

Das Pfandrecht des § 647 BGB sichert nach dem Wortlaut des Gesetzes die „Forderungen aus dem Vertrage". Dazu gehören alle Ansprüche, die aus dem Werkvertrage entstehen. Es ist dahin demnach nicht nur die vereinbarte Vergütung (einschließlich Arbeitslohn und Auslagen) zu rechnen, sondern auch etwaige Ansprüche wegen Annahmeverzugs des Bestellers (§§ 640, 304 BGB) und der etwa entstehenden Entschädigungen aus den §§ 642, 643 BGB. Auch die Ansprüche aus § 645 werden durch das Pfandrecht geschützt, denn auch hier bildet, wie Planck (Anm. 2a zu § 647) mit Recht hervorhebt, der Vertrag den Ausgangspunkt und die eigentliche Grundlage.[2])

[1]) So Enneccerus-Lehmann a. a. O. I, S. 560, Anm. 1, Landshoff a. a. O., S. 101 ff.

[2]) Ebenso Oertmann, Anm. 2 zu § 647, Staudinger, Anm. 3a zu § 647, Entsch. d. O. L. G., I, S. 398, Petersen-Kleinfeller, „Konkursordnung", S. 273, Dernburg, „Bürgerl. Recht", II, 2 S. 506, Hallbauer-Fuchs a. a. O., S. 143, Landshoff a. a. O., S. 74.

Unter den Schutz des Pfandrechts fallen indessen nicht etwa Schadensersatzansprüche aus einer gelegentlich konkurrierenden unerlaubten Handlung; diese sind nicht als Ansprüche aus dem Vertrage anzusehen.[1]) Ebenso kann man dann nicht von Forderungen aus dem Vertrage sprechen, wenn diese erst durch Aufhebung des Vertrages entstehen. So hat denn auch das Oberlandesgericht Posen durch Urteil vom 4. April 1902 dahin entschieden, daß ein etwa vereinbartes Rücktrittsreugeld des Bestellers nicht hierher zu rechnen ist.[2])

Streitig ist, ob sich das Pfandrecht auf die etwaigen Kosten erstreckt, die zur Geltendmachung der gesicherten Forderungen im Prozeß entstanden sind. In einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Posen (Entsch. d. OLG. I, S. 398) wird die Haftung des Pfandes für die Prozeßkosten verneint unter der Begründung, die Prozeßkosten entständen nicht aus dem Vertragsverhältnis, sondern aus der prozessualen Geltendmachung, sie besäßen also keinen inneren Zusammenhang mit den Forderungen aus dem Vertrage.[3])

Bei dem vertragsmäßigen Pfandrecht werden die Prozeßkosten nach § 1210 durch das Pfand gesichert; da es sich hier nicht um eine Frage der Entstehung des Pfandrechts handelt, so finden die Bestimmungen über das vertragsmäßige Pfandrecht entsprechende Anwendung, d. h. bezüglich unserer Frage wird man die Haftung auf die Prozeßkosten ausdehnen müssen, falls sich nicht aus der Fassung des § 647 Bedenken dagegen herleiten lassen, die entsprechend zu berücksichtigen wären. § 647 bestimmt, daß die „Forderungen aus dem Vertrage“ durch das Pfandrecht geschützt werden sollen. Die durch Rechtsverfolgung aus dem Vertrage entstandenen Prozeßkosten stehen mit dem Vertrage im innerlichen Zusammenhange; sie nehmen in dieser Beziehung eine ganz andere

[1]) Vgl. Planck zu § 647, Anm. 3b, Dernburg, „Bürgerl. Recht“, II, 2, S. 506, Crome, System d. b. R. II, S. 692, 693, Landshoff a. a. O., S. 74.

[2]) Vgl. Scherer, das 3. Jahr d. BGB. S. 239 unter IIIb.

[3]) Ebenso das Kammergericht im Recht, 1902, S. 101.

Stellung ein, wie etwa die oben erwähnten konkurrierenden Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen, die, ohne mit dem Vertrag an sich etwas zu tun zu haben, nur zufällig bei der Ausführung des Vertrages begangen sind. Es ergeben sich danach aus der Fassung des § 647 keine Bedenken, die genannte Folgerung aus § 1210 zu ziehen. Man hat sich denn auch in der Wissenschaft überwiegend in dem Sinne ausgesprochen, daß etwaige für die Rechtsverfolgung entstandene Prozeßkosten ebenfalls durch das Pfandrecht geschützt werden.[1])

Im § 1204, Abs. 2 heißt es, das vertragsmäßige Pfandrecht könne auch für künftige und bedingte Forderungen bestellt werden. Hier handelt es sich wieder um eine Vorschrift, die auf die Enstehung des Pfandrechts Bezug hat und daher auf die kraft Gesetzes entstandenen Pfandrechte an sich keine Anwendung findet.[2]) Für das Pfandrecht des Vermieters ist es ausdrücklich bestimmt, welche Forderungen in dieser Beziehung durch das Pfandrecht gesichert werden. Derartige besondere Bestimmungen fehlen bei dem Pfandrecht des § 647. Das Pfandrecht des Unternehmers entsteht im allgemeinen mit der Bearbeitung und ergreift dann die aus dem Vertrage bisher entstandenen Forderungen. Diese Forderungen sind meist noch nicht fällig, denn die Vergütung ist regelmäßig bei der Abnahme, oder, falls diese ausgeschlossen ist, bei der Vollendung des Werkes zu entrichten (§§ 641, 646). In diesem Sinne kann es keinem Zweifel unterliegen, daß es zur Entstehung des Pfandrechts nicht erforderlich ist, daß die Forderungen bereits fällig sind.

Eine andere Frage ist jedoch, ob das Pfandrecht entsteht für künftige oder bedingte Forderungen im Sinne des § 1204, Abs. 2. In dieser Beziehung muß man sich auf den Standpunkt stellen, daß es erforderlich ist, daß die Forderung be-

[1]) So Oertmann zu § 647, Anm. 2, Neumann zu § 647, N. 1, Planck zu § 647, Anm. 2a, Staudinger zu § 647, Anm. 3c, Hallbauer-Fuchs a. a. O., S. 143, Landshoff a. a. O., S. 77, 78.

[2]) A. M. Staudinger zu § 647, Anm. 4.

reits besteht. Die Forderung aus einem künftigen Rechtsverhältnis kann für das Pfandrecht des Unternehmers überhaupt nicht in Frage kommen; denn das Pfandrecht entsteht erst mit den Forderungen aus dem bereits abgeschlossenen Werkvertrage. Ist die Entstehung der Forderung von einer Suspensivbedingung abhängig, so entsteht die Forderung und demnach auch das Pfandrecht erst mit dem Eintritt der Bedingung. Ist die Forderung resolutiv bedingt, dann besteht sie bis zum Eintritt der Bedingung und mit ihr das Pfandrecht; der Untergang der Forderung zieht auch das Erlöschen des Pfandrechts nach sich. Die Vereinbarung, daß die Vergütung aus dem Werkvertrage von einer Bedingung abhängig sein soll, wird praktisch selten vorkommen.

Es ist demnach zur Entstehung des Pfandrechts erforderlich, daß die zu sichernden Forderungen bereits bestehen, nicht aber, daß sie fällig sind.[1]) Dabei ist jedoch eins zu beachten: Ist im konkreten Fall vereinbart, die Vergütung solle erst eine zeitlang nach der Abnahme, bezw. Vollendung des Werkes an den Besteller gezahlt werden, so kann der Unternehmer aus seinem Pfandrecht nicht das Recht herleiten, die Herausgabe der Sachen an den Besteller zu verweigern; denn das Pfandrecht des § 647 untersteht dem Einfluß der Parteivereinbarungen, es ist dispositiver Natur.[2]) Mit Recht sagt Dernburg,[3]) das Pfandrecht des § 647 solle dem Vertrage dienen, nicht seine Bestimmungen ändern.[4])

[1]) Vgl. Planck zu § 647, Anm. 2.

[2]) Vgl. Planck zu § 647, Anm. 1, Staudinger zu § 647, Anm. 7, und die dort zitierte Reichsgerichtsentscheidung, „Juristische Wochenschrift" 1899, S. 453, die allerdings noch die Bestimmungen des Allg. Landrechts in dieser Hinsicht im Auge hat, immerhin für die Entscheidung der Frage von Interesse ist.

[3]) Dernburg, „Bürgerl. Recht", II, 2, S. 443.

[4]) Vgl. auch Crome, „System d. b. R.", II, S. 698, Goldmann-Lilienthal a. a. O., S. 667, Anm. 8, Hallbauer-Fuchs a. a. O., S. 143, Schollmeyer, „Recht d. Schuldverhältnisse", 1904, S. 106, unter 3.

Eine andere Ansicht vertritt Scherer;[1]) er schreibt: „Der § 647 BGB wird nur dann von Bedeutung, wenn der Unternehmer Zahlungsfristen bewilligt hatte, und plötzlich vor Auslieferung der Sache der Besteller in Konkurs oder materiellen Konkurs (Zahlungsunfähigkeit) gerät. Alsdann ist der Unternehmer an die bewilligte Zahlungsfrist nicht gebunden. Wenn man den § 647 in diesem Sinne nicht auslegt, so hat er gegenüber dem Zurückbehaltungsrecht keine praktische Bedeutung.“ Auf die letztere Bemerkung ist unten noch besonders zurückzukommen.

Das Pfandrecht des § 647 ist, wie oben dargelegt ist, ein Äquivalent für die Vorleistungspflicht des Unternehmers,[2]) aber für die Vorleistungspflicht, die darin liegt, daß er Arbeit und Aufwendungen macht, noch ehe er die Vergütung beanspruchen kann, da diese nach den gesetzlichen Bestimmungen erst mit der Abnahme, bezw. mit der Vollendung fällig wird. Anderseits versagt aber gegenüber einer darüber hinausgehenden vertragsmäßig vereinbarten Vorleistungspflicht das Pfandrecht des § 647 infolge seiner dispositiven Natur. Das Pfandrecht kann durch Parteivereinbarung verstärkt oder vermindert, ja es kann ganz darauf verzichtet werden. Schwächt der Unternehmer die ihm gesetzlich zustehenden Sicherungsmittel vertragsmäßig ab, so hat er auch die Folgen zu tragen. Wenn es demnach in solchen Fällen zu einer Befriedigung aus dem Pfandrecht praktisch nicht kommen kann, so wird man, falls nicht ein Verzicht auf das Pfandrecht vorliegt, daraus nicht schließen dürfen, daß in diesen Fällen infolge des Fortfalles der Befriedigungsmöglichkeit von einem Pfandrecht überhaupt nicht gesprochen werden könne. Vielmehr bleiben die anderen Vorteile, die sich aus der Natur des Rechtes als Pfandrecht ergeben, bestehen.[3]) Praktisch wird die besondere Vereinbarung, die Vergütung solle erst eine gewisse Zeit nach Abnahme, bezw.

[1]) Scherer, „Bürgerliches Recht“ zu § 647, S. 889.
[2]) Vgl. auch Rümelin, „Dienstvertrag u. Werkvertrag“, S. 247 ff.
[3]) So richtig Landshoff a. a. O., S. 96—98.

Vollendung des Werks fällig sein, meist nur dann vorkommen, wenn der Unternehmer den Besteller für kreditwürdig hält. Tritt später während der Arbeit des Unternehmers eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Bestellers ein, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, so kommt dem Unternehmer der § 321 BGB zu statten, und er kann aus diesem Grunde die Leistung verweigern, bis Gegenleistung bewirkt wird; infolgedessen bleibt auch das Pfandrecht aus § 647 bestehen. An sich kann nach § 321 die Leistungsverweigerung durch Sicherheitsleistung abgewendet werden; in Rücksicht auf das Bestehenbleiben des Pfandrechts wird man hier jedoch nach den obigen Ausführungen die Abwendung durch Sicherheitsleistung nicht zulassen dürfen.

§ 7.

Das Pfandrecht des § 647 im Verhältnis zum Zurückbehaltungsrecht.

Man ist sich allgemein darüber einig, daß die Rechte, welche sich aus dem § 273 BGB ergeben, durch den § 647 unberührt bleiben, d. h. das Zurückbehaltungsrecht behält seine Bedeutung auch für den Werkvertrag, soweit das stärkere Recht, das Pfandrecht, nicht eingreift; da das Pfandrecht nach § 647 nur eine Rolle spielt bei der Herstellung oder Ausbesserung von beweglichen Sachen, so bietet sich schon aus diesem Grunde ein weites Feld, auf dem das Zurückbehaltungsrecht allein dominiert, überall in den Fällen nämlich, in denen der Werkvertrag auf andere Leistungen gerichtet ist. Aber auch bei den über Herstellung und Ausbesserung von beweglichen Sachen abgeschlossenen Werkverträgen ist der Unternehmer, falls eine der oben behandelten Voraussetzungen für die Entstehung des Pfandrechts fehlt, auf die Rechte aus § 273 an-

gewiesen, falls dessen Bedingungen vorliegen.[1]) Insbesondere kommt die Sicherung durch das Zurückbehaltungsrecht in Frage, wenn der Besteller nicht der Eigentümer der zu verarbeitenden Sache ist und deshalb das Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangen kann und ferner, wenn die Sachen nicht bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung, sondern aus einem andern Grunde in den Besitz des Bestellers gelangt sind, oder wenn es sich um Sachen ohne Verkaufswert handelt.

Scherer sieht in den bereits zitierten Bemerkungen die Bedeutung des § 647 darin, daß das dort gegebene Pfandrecht auch in Fällen eingreife, in denen das Zurückbehaltungsrecht versage, d. h. bei der Vereinbarung von besonderen Zahlungsfristen. Wir haben diese Ansicht bereits oben zurückgewiesen, ziehen jedoch daraus nicht die Folgerung Scherers, daß dann das Pfandrecht des § 647 keine praktische Bedeutung habe. Diese Ansicht beruht auf einer Verkennung des Wesens des Pfandrechts gegenüber dem Zurückbehaltungsrecht; durch § 647 ist dem Unternehmer in allen Fällen, in denen er eingreift, ein stärkerer Schutz gegeben, als er aus den Bestimmungen über das Zurückbehaltungsrecht[2]) herrühren würde.

Über das Zurückbehaltungsrecht sagt Kohler:[3])

> „Das Retentionsrecht ist kein dingliches Recht, es ist überhaupt kein positives Recht, es ist negativ; es ist eine Schwächung des Forderungsrechtes derart, daß der Forderungsanspruch reaktionsunfähig wird. Will man das Korrelat dieses negativen Zustandes ein Recht nennen, so mag man es tun, aber es ist von dem

[1]) Vgl. Oertmann zu § 647, Anm. 5, Planck zu § 647, Anm. 4, Staudinger zu § 647, Anm. 5, Neumann zu § 1257, Anm. I, 2b, Hallbauer-Fuchs a. a. O., S. 143.

[2]) Vgl. §§ 273, 274, 1000, 1003 BGB.

[3]) Kohler a. a. O., S. 163 ff.

positiven, namentlich von dem dinglichen, wesentlich unterschieden."[1])

Wenn in diesen Ausführungen die theoretische Seite des grundsätzlichen Unterschieds zwischen beiden Rechten genügend gewürdigt ist, so betont Crome auch die praktische Seite der Befriedigungsmöglichkeit. Der Schwerpunkt des Pfandrechts liegt in dem Rechte der Befriedigung aus dem Pfande; ein solches Recht steht dem Zurückbehaltungsberechtigten an der zurückbehaltenen Sache (abgesehen von § 1003 BGB) nicht zu.[2]) Zudem kommen dem Pfandgläubiger alle übrigen Rechte aus den §§ 1204 ff. zugute; hervorgehoben sei insbesondere, daß der Zurückbehaltungsberechtigte gegenüber Dritten nur den Besitzschutz genießt, der Pfandgläubiger hat gegen Beeinträchtigungen nach § 1227 den Schutz des Eigentümers. Für das Unternehmerpfandrecht ist noch darauf hinzuweisen, daß die Ausübung dieses Rechts nicht, wie das Retentionsrecht, durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann.[3])

Gegenüber dinglichen Rechten Dritter versagt das Retentionsrecht. Daraus folgt auch, daß das Retentionsrecht der Konkursmasse gegenüber nur insoweit geltend gemacht werden kann, als es in der Konkursordnung ausdrücklich bestimmt ist. Nach § 49[3] KO haben nur diejenigen ein Recht auf abgesonderte Befriedigung, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrags ihrer Forderung aus der Verwendung in Ansehung der zurückbehaltenen Sachen. Manche sind der Ansicht, daß das Zurückbehaltungsrecht

[1]) Ähnlich Crome, „System d. B. R.", I, S. 546, vgl. auch Petersen-Kleinfeller, „Konkursordnung", S. 277, Entsch. d. R. G. 51, S. 86.

[2]) Vgl. Hallbauer-Fuchs a. a. O., S. 202, Schwind, „Wesen und Inhalt des Pfandrechts", S. 165 ff, 197.

[3]) Vgl. Hallbauer-Fuchs a. a. O., S. 206.

auch über diesen Rahmen hinaus gegenüber dem Konkursverwalter einredeweise geltend gemacht werden könne.[1])

Derartigen Ansichten tritt Jäger[2]) unter Berufung auf die Motive und Protokolle mit Recht entgegen. Ganz allgemein verlieren Sicherungsrechte und Vorzugsrechte mit der Konkurseröffnung ihre Bedeutung, sofern nicht ihre fortdauernde Wirksamkeit in der Konkursordnung selbst oder in dem Einführungsgesetz ausdrücklich anerkannt ist.[3]) Dem seiner Natur nach nicht dinglichen Zurückbehaltungsrecht ist die Fortdauer im Konkurs nur in dem Umfang des § 49 [3] KO gesichert. Ist also das Zurückbehaltungsrecht nicht aus dem Grunde der Verwendung entstanden, oder geht der Verwendungsanspruch über den noch vorhandenen Vorteil hinaus, so dringt das Retentionsrecht dem Konkursverwalter gegenüber nicht durch.[4])

Nicht also darin, daß der § 647 in Fällen eingreift, in denen ein Zurückbehaltungsrecht nicht zur Entstehung gelangen kann, liegt die praktische Bedeutung des Schutzes des Unternehmers durch § 647, sondern in dem Umstand, daß nach geltendem Recht die pfandrechtliche Sicherung erheblich gründlicher ist, als die Sicherung durch ein Retentionsrecht, und zwar im allgemeinen, wie auch speziell im Konkurse.

§ 8.

Besonderheiten bei dem Unternehmerpfandrecht an eingetragenen Schiffen.

Es ist bereits oben darauf hingewiesen worden, daß zu den beweglichen Sachen, die Gegenstand des Pfandrechts nach

[1]) So Seuffert, „Deutsches Konkurs-Prozessrecht", S. 112, Petersen-Kleinfeller, „Konkursordnung", S. 277.

[2]) Jäger, „Kommentar zur Konk.-Ordnung" zu § 49, Anm. 42.

[3]) Vgl. R. G. Entsch. 20, S. 135 ff.

[4]) Vgl. Jäger a. a. O., Dernburg, „Bürgerl. Recht", II, 1, S. 136, Rehbein, BGB., II, S. 91, Entsch. d. R. G. Bd. XX., S. 135 ff., Bd. XIX, S. 302.

§ 647 sein können, auch Schiffe gehören. Soweit Schiffe nicht im Schiffsregister eingetragen sind, unterliegen sie den gewöhnlichen gesetzlichen Bestimmungen über das Pfandrecht an beweglichen Sachen. Soweit es sich jedoch um Schiffe handelt, die im Schiffsregister eingetragen sind, muß man die Sondervorschriften über das Schiffspfandrecht auch für das gesetzliche Unternehmerpfandrecht in entsprechender Weise berücksichtigen.

Das vertragliche Pfandrecht an eingetragenen Schiffen bedarf zu seiner Entstehung der Eintragung (§ 1260 BGB). Wir haben uns oben auf den Standpunkt gestellt, daß die Wirkung des § 1257 ohne Einfluß auf die Entstehung der gesetzlichen Pfandrechte ist, daß vielmehr die Bestimmungen über das vertragsmäßig bestellte Pfandrecht nur auf das kraft Gesetzes bereits entstandene Pfandrecht zur Anwendung kommen. Dies ist auch hier zu beachten. Es folgt daraus, daß ein gesetzliches Pfandrecht an eingetragenen Schiffen nach § 647 auch ohne Eintragung in das Schiffsregister entstehen kann.[1]) Zu diesem Resultat kommt auch Schaps, jedoch auf einem anderen Wege.[2]) Schaps weist darauf hin, daß nach § 1266 die Vorschriften der §§ 1205 bis 1257 insoweit nicht gelten, als sich daraus, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt, Abweichungen ergeben. Schaps schließt daraus, daß § 1257 für das Pfandrecht an eingetragenen Schiffen nicht gelten könne, denn das einzige in Frage kommende gesetzliche Pfandrecht (§ 647 BGB) ergebe solche Abweichung, da es gerade voraussetze, daß die Pfandsache in den Besitz des Pfandgläubigers gelangt sei. Nach Schaps richten sich infolgedessen die kraft Gesetzes an eingetragenen Schiffen entstandenen Pfandrechte, soweit sie nicht selbst eingetragen sind, nach den Grundsätzen des Faustpfandrechts.[3]) Gegen die ge-

[1]) Vgl. Knitschky bei Gruchot, Bd. 45, S. 806 ff., Enneccerus-Lehmann, II, S. 366, Motive III, S. 846.

[2]) Schaps, „Das deutsche Seerecht", S. 17, Anm. 1.

[3]) Ebenso Motive, III, S. 846.

nannte Auffassung von Schaps wenden sich außer Knitschky (a. a. O.) Biermann[1]) und Planck[2]). Biermann betont mit Recht, daß die Motive hier nicht erhebliche Bedeutung haben könnten, da dem Entwurf I eine dem § 1259 und dem Zitate in § 1266 entsprechende Bestimmung noch gefehlt habe.

Aber auch im übrigen kann die Beweisführung von Schaps, wie Knitschky richtig ausführt, nicht als überzeugend angesehen werden. § 647 verlangt zwar zur Entstehung des Pfandrechts den Besitz des Unternehmers, über den Fortbestand des Pfandrechts ist dagegen im § 647 nichts bestimmt, weil in dieser Beziehung die einschlägigen Bestimmungen des vertragsmäßigen Pfandrechts Anwendung finden. Aus § 647 ergibt sich daher nicht, daß das Pfandrecht mit dem Besitzverlust erlischt; die Erlöschungsgründe ergeben sich nach Maßgabe der im § 1257 bestimmten entsprechenden Anwendung der Vorschriften über das vertragsmäßige Pfandrecht.

Allgemein ist beim Pfandrecht die Besitzaufgabe ein Beendigungsgrund (§ 1253); nur das Pfandrecht an eingetragenen Schiffen macht eine Ausnahme, denn hier ist der Besitz nicht erforderlich, und demnach ist auch, soweit Besitz zunächst vorhanden war, oder, wie bei dem gesetzlichen Unternehmerpfandrecht, die Entstehung an die Erlangung des Besitzes geknüpft ist, der Fortbestand des Pfandrechts nicht vom Besitz des Pfandrechts abhängig. Demnach beruht auch das Pfandrecht des § 647, soweit es an eingetragenen Schiffen entstanden ist, nicht auf dem Moment des Besitzes und endigt nicht mit der Besitzaufgabe.[3])

In Rücksicht auf diesen Unterschied müssen bei dem Schiffspfandrecht die Grundsätze, welche Ausfluß des Faustpfandrechts sind, ausgeschlossen bleiben; dies ausdrücklich hervorzuheben ist der Zweck des § 1266 BGB[4]). Natürlich

[1]) Biermann, Anm. 2 zu § 1259 BGB.

[2]) Planck, Anm. 3i zu § 1266 BGB.

[3]) Vgl. Enneccerus-Lehmann, II, S. 366, Neumann zu § 1266, Anm. 2, Neuburger a. a. O., S. 104.

[4]) Vgl. Entsch. d. O. L. G., IX, S. 292 ff.

hat danach der § 1266 seine Bedeutung auch für die vertragsmäßigen und gesetzlichen Pfandrechte in den Fällen, in denen der Pfandberechtigte zwar den Besitz einmal inne gehabt, ihn jedoch nachher aufgegeben hat, also auch für das Pfandrecht des § 647. Überdies beruht die besondere Behandlung der Realisierung des Schiffspfandrechts gegenüber derjenigen des Pfandrechts an beweglichen Sachen, wie die zitierte Kammergerichtsentscheidung betont, nicht allein auf dem Verhältnis des besitzenden zu dem nichtbesitzenden Gläubiger, sondern zugleich in der besonderen Beschaffenheit des Pfandrechts an eingetragenen Schiffen überhaupt.

Man wird sich infolgedessen dahin entscheiden müssen, daß bei eingetragenen Schiffen auf das gesetzliche Pfandrecht des § 647 nicht die allgemeinen Bestimmungen des Faustpfandrechts zur Anwendung kommen, sondern die besonderen Bestimmungen des Schiffspfandrechts. Daraus folgt, daß die Verwertung des Pfandrechts nach den für die Zwangs-Vollstreckung geltenden Vorschriften, d. h. nach dem § 864 CPO und § 162 des Zwangsversteigerungsgesetzes stattfindet.[1])

Auch im übrigen wird man die Bestimmungen über das Pfandrecht an eingetragenen Schiffen bei dem kraft Gesetzes entstandenen Pfandrecht des Unternehmers entsprechend berücksichtigen müssen. Soweit diese Bestimmungen von der Eintragung abhängig sind, wird man sie überhaupt nicht, oder nur analog anwenden können. Nach den obigen Ausführungen ist zur Entstehung des Unternehmerpfandrechts an eingetragenen Schiffen die Eintragung des Pfandrechts nicht erforderlich; auf der andern Seite ist aber dem Unternehmer das Recht zuzugestehen, das Pfandrecht nach § 1263 BGB eintragen zu lassen. Der Unternehmer kann diese Eintragung auch dann noch bewirken, wenn er das Schiff bereits an den Besteller abgeliefert hat.[2]) Ebenso wird man die nach § 1262, Abs. 2

[1]) So Entsch. d. O. L. G., IX, S. 292 ff., Knitschky a. a. O., S. 806.

[2]) Vgl. Enneccerus-Lehmann, II, S. 366, Neuburger a. a. O., S. 104, Neumann, Anm. 3 zu § 1266, Gaupp-Stein zu § 931 ZPO. (6. u. 7. Aufl.), Anm. 2.

auf ein zu Unrecht gelöschtes Pfandrecht anzuwendenden Bestimmungen bei dem nicht eingetragenen gesetzlichen Pfandrecht analog berücksichtigen müssen.

Das nicht eingetragene Pfandrecht ist also bei gutgläubigem Erwerb des Schiffes durch einen Dritten der Gefahr des Unterganges ausgesetzt; ferner kann das nicht eingetragene Pfandrecht dadurch beeinträchtigt werden, daß ein Gutgläubiger ein neues Pfandrecht an dem Schiffe erwirbt, oder ein an sich dem Pfandrecht des nicht eingetragenen Unternehmers nachstehendes Pfandrecht abtreten läßt; in beiden Fällen wird jenes gutgläubig erworbene Pfandrecht dem nicht eingetragenen gesetzlichen Pfandrecht des Unternehmers vorgehen.[1])

Durch die Vorschriften der §§ 1259 ff BGB bleiben die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Bodmerei[2]) und über das gesetzliche Pfandrecht der Schiffsgläubiger[3]) unberührt. Da ein Unternehmer nach jenen Bestimmungen auch „Schiffsgläubiger" sein kann (vgl. 754 HGB), so kommen ihm naturgemäß die weitergehenden Rechte der Schiffsgläubiger insoweit zugute. Falls der Unternehmer Schiffsgläubiger ist, so ist sein nicht eingetragenes Pfandrecht nicht den oben genannten Gefährdungen ausgesetzt; die Pfandrechte der Schiffsgläubiger werden durch die Veräußerung des Schiffes nicht berührt, auch wenn der neue Eigentümer im guten Glauben Eigentum erworben hat.[4]) Es gehen diese nicht registrierten Pfandrechte der Schiffsgläubiger überdies allen anderen Pfandrechten vor.[5])

Falls der Unternehmer nicht Schiffsgläubiger ist, so wird er zur Sicherung seines nach § 647 entstandenen Pfandrechts

---

[1]) Vgl. § 1262, Abs. 2 BGB., Neuburger a. a. O., S. 102 u. 104.

[2]) Vgl. §§ 679—699 HGB.

[3]) Vgl. §§ 754—777 HGB u. §§ 102—117 des Binnenschiffahrtsgesetzes.

[4]) Vgl. § 755, Abs. 2 HGB., Cosack, „Lehrbuch des Handelsrechts" (5. Aufl.), S. 141.

[5]) Vgl. § 776 HGB., Cosack, „Lehrbuch des Handelsrechts", S. 143.

im Hinblick auf die obigen Erörterungen gut tun, dieses Pfandrecht im Schiffsregister eintragen zu lassen.[1])

§ 9.

Schlußbetrachtung.

Wie wir im Anfang gesehen haben, ist das Pfandrecht des Unternehmers aus dem Konkursrecht hervorgegangen. Auch jetzt hat es seine vorwiegende Bedeutung im Konkurs des Bestellers. Wenn nun die Rechte des Unternehmers im Konkurs des Bestellers gesichert sind, so liegt die Frage nahe, ob auch umgekehrt der den Stoff liefernde Besteller im Konkurs des Unternehmers Schutz genießt.

Im ALR I, 11, §§ 975 bis 978 waren in dieser Beziehung besondere Schutzvorschriften für den Besteller gegeben. Derartige Bestimmungen fehlen im heutigen Recht. Bei der in unserer Arbeit vertretenen Ansicht über die Wirkungen der auf Grund eines Werkvertrages vorgenommenen Spezifikation verbleibt das Eigentum dem Besteller, er ist daher im Konkurs des Unternehmers auf Grund seines Eigentums aussonderungsberechtigt (§ 43 KO). Steht man bezüglich der Wirkungen der Spezifikation auf dem entgegengesetzten Standpunkt, und geht danach dem Besteller das Eigentum an dem bearbeiteten Stoff verloren, so ist mangels besonderer Bestimmungen der Besteller im Konkurs des Unternehmers ohne einen derartigen Schutz. Es würde dies im praktischen Leben sehr unbefriedigende Resultate zeitigen; gibt jemand z. B. ein wertvolles Familienandenken einem Unternehmer zur Bearbeitung, und liegen an sich die Voraussetzungen der Spezifikation vor, so würde es sich der Besteller nach jener Rechtsauffassung gefallen lassen müssen,

[1]) Von Interesse für die Besonderheiten bei dem Schiffspfandrecht ist auch die in der deutschen Juristenzeitung 1905, S. 122 enthaltene Reichsgerichtsentscheidung.

daß dieses ihm wertvolle Andenken im Konkurs des Unternehmers zur Konkursmasse gezogen würde.

Auch derartige Erwägungen sind geeignet, unsere obige Stellungnahme zu unterstützen, bei der wir die Frage der Wirkung der Spezifikation von dem Moment der Lieferung des zu bearbeitenden Stoffes abhängig machten.

Dabei bleiben die berechtigten Interessen des Unternehmers genügend gewahrt. Liefert der Unternehmer den Stoff, liegt also Werklieferungsvertrag vor, so sichert den Unternehmer bis zur Übertragung des Eigentums das Eigentumsrecht an der bearbeiteten Sache. Liefert der Besteller den Stoff, liegt also Werkvertrag vor, so schützt den Unternehmer in allen Fällen, in denen die Voraussetzungen des § 647 gegeben sind, das in jenem Paragraphen gegebene Pfandrecht. Fehlt es an einer jener Voraussetzungen, so bleibt, falls § 273 eingreifen kann, die Sicherung durch das Zurückbehaltungsrecht.

Wenn sich der Unternehmer zur Vorleistung verpflichtet, so macht die Erfüllung dieser obligatorischen Verpflichtung die gesetzliche Sicherung in allen Fällen zunichte; das Eigentum, das Pfandrecht, das Zurückbehaltungsrecht geht dem Unternehmer verloren, ehe er die Gegenleistung empfangen hat. Hat sich die Vermögenslage des Bestellers erst nach Abschluß des Vertrages wesentlich verschlechtert, so ist dem Unternehmer, wie gesagt, auf Grund des § 321 BGB eine Möglichkeit gegeben, sich das Eigentumsrecht, das Pfandrecht, das Zurückbehaltungsrecht bis zur Gegenleistung zu erhalten. Sind dagegen die Vermögensverhältnisse des Bestellers bereits bei Abschluß des Vertrages ebenso ungünstige, und nimmt der Unternehmer trotzdem die Verpflichtung zur Vorleistung auf sich, so hat er sich der gesetzlichen Schutzmittel begeben. Tut er dies auf Grund einer arglistigen Täuschung des Gegenkontrahenten über seine Vermögenslage, so bleibt dem Unternehmer eventuell in dem Anfechtungsrecht des § 123 BGB noch ein Ausweg übrig, den etwa drohenden Schaden abzuwenden.

Thesen.

I. Pfandberechtigter nach § 647 BGB. ist nur der Unternehmer als Kontrahent beim Werkvertrage, nicht auch der, der sich dem Gegenkontrahenten gegenüber in einem Dienstvertrags- oder Lieferungsverhältnis befindet.

II. Gegenstand des Unternehmerpfandrechts sind auch unpfändbare Sachen.

III. Die auf Grund eines Werkvertrages vorgenommene Spezifikation schafft nicht Eigentum für den spezifizierenden Unternehmer, sondern für den Besteller.

IV. Ein Herstellen oder Ausbessern durch den Unternehmer im Sinne des § 647 BGB liegt nicht nur dann vor, wenn die Arbeit von einem abhängigen Arbeiter oder Angestellten des Unternehmers geleistet wird, sondern auch dann, wenn ein anderer selbständiger Unternehmer die Arbeit auf Grund eines Untervertrages mit jenem Unternehmer vornimmt, d. h. auch hier erwirbt der mit dem Besteller kontrahierende Unternehmer das Pfandrecht.

V. Die Bestimmungen über den Schutz des gutgläubigen Erwerbs eines vertragsmäßigen Pfandrechts (§§ 1207, 1208) finden auf die gesetzlichen Pfandrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Anwendung.

VI. Das Pfandrecht des § 647 BGB ist dispositiver Natur.